بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
علاء الدين الكاساني
سنة الولادة / سنة الوفاة 587
تحقيق
الناشر دار الكتاب العربي
سنة النشر 1982
مكان النشر بيروت
عدد الأجزاء 7

مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ وَيَنْبَغِيَ أَنْ يَشْهَدَ على الطَّلَبِ
وَتَفْسِيرُ الْإِشْهَادِ ما ذَكَره مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وهو أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ اشْهَدُوا أَنِّي قد تَقَدَّمْتُ إلَى هذا الرَّجُلِ في هَدْمِ حَائِطِهِ هذا وَالْإِشْهَادُ لِلتَّحَرُّزِ عن الْجُحُودِ وَالْإِنْكَارِ لِجَوَازِ أَنْ يُنْكِرَ صَاحِبُ الْحَائِطِ الْمُطَالَبَةَ بِالنَّقْضِ فَتَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى الْإِشْهَادِ لِإِثْبَاتِ الطَّلَبِ عِنْدَ الْقَاضِي لَا لِصِحَّةِ الطَّلَبِ فإن الطَّلَبَ يَصِحُّ بِدُونِ الْإِشْهَادِ حتى لو اعْتَرَفَ صَاحِبُ الدَّارِ بِالطَّلَبِ يَجِبُ عليه الضَّمَانُ وَإِنْ لم يَشْهَدْ عليه وَكَذَا إذَا أَنْكَرَ يَجِبُ عليه الضَّمَانُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى
وَنَظِيرُهُ ما قُلْنَا في الشُّفْعَةِ أَنَّ الشَّرْطَ فيها الطَّلَبُ لَا الْإِشْهَاد وَإِنَّمَا الْإِشْهَادُ لِلْحَاجَةِ إلَى إثْبَاتِ الطَّلَبِ على تَقْدِيرِ الْإِنْكَارِ
حتى لو أَقَرَّ الْمُشْتَرِيَ بِالطَّلَبِ يَثْبُتُ حَقُّ الشُّفْعَةِ وَإِنْ لم يَشْهَدْ على الطَّلَبِ وَكَذَا لو جَحَدَ الطَّلَبَ يَثْبُتُ الْحَقُّ له فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَكَذَا الْإِشْهَادُ في بَابِ اللُّقَطَةِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ من هذا الْقَبِيلِ وقد ذَكَرْنَا ذلك في كِتَابِ اللُّقَطَةِ
وَلَوْ طُولِبَ صَاحِبُ الْحَائِطِ بِالنَّقْضِ فلم يَنْقُضْ حتى سَقَطَ إلى الطَّرِيقِ فَعَثَرَ بِنَقْضِهِ إنْسَانٌ فَعَطِبَ بِهِ فَإِنْ كان قد طُولِبَ برفع ( ( ( بدفع ) ) ) النَّقْضِ يَضْمَنُ لِأَنَّهُ إذَا طُولِبَ بِالرَّفْعِ لَزِمَهُ الرَّفْعُ فإذا لم يَرْفَعْ صَارَ مُتَعَدِّيًا فَيَضْمَنُ ما تَوَلَّدَ منه وَإِنْ كان لم يُطَالَبْ بِرَفْعِهِ لَا ضَمَانَ عليه عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَضْمَنُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ لَمَّا طُولِبَ بِالنَّقْضِ فلم يَنْقُضْ حتى سَقَطَ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِتَرْكِ النَّقْضِ فَحَصَلَ التَّلَفُ بِسَبَبٍ هو مُتَعَدٍّ فيه فَيَضْمَنُ وَلِهَذَا ضَمِنَ إذَا وَقَعَ على إنْسَانٍ كَذَا إذَا عَطِبَ بِنَقْضِهِ إنْسَانٌ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْحَائِطَ قد زَالَ عن الْمَوْضِعِ الذي طُولِبَ فيه لِانْتِقَالِهِ عن مَحِلِّ الْجِنَايَةِ وهو الْهَوَاءُ إلَى مَحِلٍّ آخَرَ بِغَيْرِ صُنْعِ صَاحِبِهِ فَلَا بُدَّ من مُطَالَبَةٍ أُخْرَى كَمَنْ وَضَعَ حَجَرًا في الطَّرِيقِ فَدَحْرَجَتْهُ الرِّيحُ إلَى مَوْضِعٍ آخَرَ فَعَطِبَ بِهِ إنْسَانٌ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ على الْوَاضِعِ كَذَا هَهُنَا بِخِلَافِ ما إذَا سَقَطَ على إنْسَانٍ لِأَنَّهُ لَمَّا زَالَ عن مَحِلِّ الْمُطَالَبَةِ وهو الْهَوَاءُ الذي هو مَحَلُّ الْجِنَايَةِ فَلَا يَحْتَاجُ إلَى مُطَالَبَةٍ أُخْرَى
وَإِنْ كان الطَّرِيقُ غير نَافِذٍ فَالْخُصُومَةُ إلَى وَاحِدٍ من أَهْلِ تِلْكَ السِّكَّةِ لِأَنَّ الطَّرِيقَ حَقُّهُمْ فكانت ( ( ( فكان ) ) ) لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم وِلَايَةُ التَّقَدُّمِ إلَى صَاحِبِ الْحَائِطِ وَإِنْ كان مَيَلَانُ الْحَائِطِ إلَى مِلْكِ رَجُلٍ فَالْمُطَالَبَةُ بِالنَّقْضِ

وَالْإِشْهَادِ إلَى صَاحِبِ الْمِلْكِ لأن هَوَاءٌ مَلَكَهُ حَقُّهُ وقد شَغَلَ الْحَائِطَ حَقُّ صَاحِبِ الْمِلْكِ فكان ( ( ( فكانت ) ) ) الْمُطَالَبَةُ بِالتَّفْرِيغِ إلَيْهِ
فَإِنْ كان في الدَّارِ سَاكِنٌ كَالْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُسْتَعِيرِ فَالْمُطَالَبَةُ وَالْإِشْهَادُ إلَى السَّاكِنِ فَيُشْتَرَطُ طَلَبُ السَّاكِنِ أو الْمَالِكِ لِأَنَّ السَّاكِنَ له حَقُّ الْمُطَالَبَةِ بِإِزَالَةِ ما يَشْغَلُ الدَّارَ
فَكَانَ له وِلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ بِإِزَالَةِ ما يُشْغِلُ الْهَوَاءَ أَيْضًا
وَلَوْ طُولِبَ صَاحِبُ الْحَائِطِ بِالنَّقْضِ فَاسْتَأْجَلَ الذي طَالَبَهُ أو اسْتَأْجَلَ الْقَاضِيَ فَأَجَّلَهُ فَإِنْ كان مَيَلَانُ الْحَائِطِ إلَى الطَّرِيقِ فَالتَّأْجِيلُ بَاطِلٌ وَإِنْ كان مَيَلَانُهُ إلَى دَارِ رَجُلٍ فَأَجَّلَهُ صَاحِبُ الدَّارِ أو أَبْرَأَهُ منه أو فَعَلَ ذلك سَاكِنُ الدَّارِ فَذَلِكَ جَائِزٌ وَلَا ضَمَانَ عليه فِيمَا تَلِفَ بِالْحَائِطِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْحَقَّ في الطَّرِيقِ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ فإذا طَالَبَ وَاحِدٌ منهم بالقبض ( ( ( بالنقض ) ) ) فَقَدْ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِالْحَائِطِ لِحَقِّ الْجَمَاعَةِ
فَكَانَ التَّأْجِيلُ وَالْإِبْرَاءُ إسْقَاطًا لِحَقِّ الْجَمَاعَةِ فَلَا يَمْلِكُ ذلك بِخِلَافِ ما إذَا كان الْمَيَلَانُ إلَى دَارِ إنْسَانٍ لِأَنَّ هُنَاكَ الْحَقَّ لِصَاحِبِ الدَّارِ خَاصَّةً وَكَذَلِكَ السَّاكِنُ فَكَانَ التَّأْجِيلُ وَالْإِبْرَاءُ منه إسْقَاطًا لِحَقِّ نَفْسِهِ فَيَمْلِكُهُ
وَكَذَلِكَ لو وَضَعَ رَجُلٌ في دَارِ غَيْرِهِ حَجَرًا أو حَفَرَ بِئْرًا أو بَنَى فيها بِنَاءً وَأَبْرَأَهُ صَاحِبُ الدَّارِ منه كان بَرِيئًا وَلَا يَلْزَمُهُ ما عَطِبَ بِشَيْءٍ من ذلك سَوَاءٌ عَطِبَ بِهِ صَاحِبُ الدَّارِ أو دَاخِلٌ دخل لِأَنَّ الْحَقَّ له فَيَمْلِكُ إسْقَاطَهُ كَأَنَّهُ فَعَلَ ذلك بِإِذْنِهِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمُطَالَبُ بِالنَّقْضِ مِمَّنْ يَلِي النَّقْضَ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ بِالنَّقْضِ مِمَّنْ لَا يَلِي النَّقْضَ سَفَهٌ فَكَانَ وُجُودُهَا وَالْعَدَمُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ فَلَا تَصِحُّ مُطَالَبَةُ الْمُسْتَوْدَعِ وَالْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُرْتَهِنِ لِأَنَّهُ ليس لهم وِلَايَةُ النَّقْضِ فَتَصِحُّ مُطَالَبَةُ الرَّاهِنِ لِأَنَّ له وِلَايَةَ النَّقْضِ لِقِيَامِ الْمِلْكِ فَيَنْقُضُ وَيَقْضِيَ الدَّيْنَ فَيَصِيرُ مُتَعَدِّيًا بِتَرْكِ النَّقْضِ
وَتَصِحُّ مُطَالَبَةُ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ في هَدْمِ حَائِطِ الصَّغِيرِ لِثُبُوتِ وِلَايَةِ النَّقْضِ لَهُمَا فَإِنْ لم يَنْقُضَا حتى سَقَطَ يَجِبُ الضَّمَانُ على الصَّبِيِّ لِأَنَّ التَّلَفَ بِتَرْكِ النَّقْضِ الْمُسْتَحَقِّ على الْوَلِيِّ وَالْوَصِيِّ مُضَافٌ إلَى الصَّبِيِّ لِقِيَامِهِمَا مَقَامَ الصَّبِيِّ وَالصَّبِيُّ مُؤَاخَذٌ بِأَفْعَالِهِ فَيَضْمَنُ وَتَتَحَمَّلُ عنه عَاقِلَتُهُ فِيمَا تَتَحَمَّلُ الْعَاقِلَةُ وَيَكُونُ في مَالِهِ فِيمَا لَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ كَالْبَالِغِ سَوَاءٌ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا كان الْحَائِطُ الْمَائِلُ لِجَمَاعَةٍ فَطُولِبَ بَعْضُهُمْ بِالنَّقْضِ فلم يَنْقُضْ حتى سَقَطَ فَعَطِبَ بِهِ شَيْءٌ أَنَّ الْقِيَاسَ

---



---

أَنْ لَا يَضْمَنَ أَحَدٌ منهم شيئا
وفي الِاسْتِحْسَانِ يَضْمَنُ الذي طُولِبَ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ لم يُوجَدْ من أَحَدٌ منهم تَرَكَ النَّقْضَ الْمُسْتَحَقَّ
أَمَّا الَّذِينَ لم يُطَالَبُوا بِالنَّقْضِ فَظَاهِرٌ وأما الذي طُولِبَ بِهِ فَلِأَنَّ أَحَدَ الشُّرَكَاءِ لَا يَلِي النَّقْضَ بِدُونِ الْبَاقِينَ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْمُطَالَبَ بِالنَّقْضِ تَرَكَ النَّقْضَ مع الْقُدْرَةِ عليه لِأَنَّهُ يُمْكِنهُ أَنْ يُخَاصِمَ الشُّرَكَاءَ وَيُطَالِبَهُمْ بِالنَّقْضِ إنْ كَانُوا حُضُورًا وَإِنْ كَانُوا غُيَّبًا يُمْكِنُهُ

أَنْ يَرْفَعَ الْأَمْرَ إلَى الْقَاضِي حتى يَأْمُرَهُ الْقَاضِي بِالنَّقْضِ لِأَنَّ فيه حَقًّا لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَالْإِمَامُ يَتَوَلَّى ذلك لهم فَيَأْمُرُ الْحَاضِرَ بِنَقْضِ نَصِيبِهِ وَنَصِيبِ الْغَائِبِينَ فإذا لم يَفْعَلْ فَقَدْ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِتَرْكِ النَّقْضِ الْمُسْتَحَقِّ فَيَضْمَنُ ما تَوَلَّدَ منه لَكِنْ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ من الْحَائِطِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وفي قَوْلِهِمَا عليه ضَمَانُ النِّصْفِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ انصباء الشُّرَكَاءِ الْآخَرِينَ لم يَجِبْ بها ضَمَانٌ فَكَانَتْ كَنَصِيبِ وَاحِدٍ كَمَنْ جَرَحَهُ رَجُلٌ وَعَقَرَهُ سَبُعٌ وَنَهَشَتْهُ حَيَّةٌ فَمَاتَ من ذلك كُلِّهِ أَنَّ على الْجَارِحِ النِّصْفَ لِأَنَّ عَقْرَ السَّبُعِ وَنَهْشَ الْحَيَّةِ لم يَجِبْ بِهِمَا ضَمَانٌ فَكَانَا كَالشَّيْءِ الْوَاحِدِ كَذَا هذا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِثِقَلِ الْحَائِطِ وَلَيْسَ ذلك مَعْنًى مُخْتَلِفًا في نَفْسِهِ فَيَضْمَنُ بِمِقْدَارِ نَصِيبِهِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا قِيَامُ وِلَايَةِ النَّقْضِ وَقْتَ السُّقُوطِ وَلَا يَكْتَفِي بِثُبُوتِهَا وَقْتَ الْمُطَالَبَةِ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَصِيرُ مُتَعَدِّيًا بِتَرْكِ النَّقْضِ عِنْدَ السُّقُوطِ كَأَنَّهُ أَسْقَطَهُ فإذا لم يَبْقَ له وِلَايَةُ النَّقْضِ عِنْدَ السُّقُوطِ لم يَصِرْ مُتَعَدِّيًا بِتَرْكِ النَّقْضِ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ عليه

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا طُولِبَ بِالنَّقْضِ فلم يَنْقُضْ حتى بَاعَ الدَّارَ التي فيها الْحَائِطُ من إنْسَانٍ وَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي أو لم يَقْبِضْهُ ثُمَّ سَقَطَ على شَيْءٍ فَعَطِبَ بِهِ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ على الْبَائِعِ لِانْعِدَامِ وِلَايَةِ النَّقْضِ وَقْتَ السُّقُوطِ بِخُرُوجِ الْحَائِطِ عن مِلْكِهِ وَلَا على الْمُشْتَرِي أَيْضًا لِانْعِدَامِ الْمُطَالَبَةِ في حَقِّهِ

فَرْقٌ بين هذا وَبَيْنَ ما إذَا شَرَعَ جَنَاحًا إلَى الطَّرِيقِ ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ مع الْجَنَاحِ ثُمَّ وَقَعَ على إنْسَانٍ أنه يَضْمَنُ الْبَائِعَ وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ هُنَاكَ على الْبَائِعِ قُبَيْلَ الْبَيْعِ لِكَوْنِهِ مُتَعَدِّيًا بِإِشْرَاعِ الْجَنَاحِ وَالْإِشْرَاعُ على حَالِهِ لم يَتَغَيَّرْ فَلَا يَتَغَيَّرُ ما تَعَلَّقَ بِهِ من الضَّمَانِ وَوُجُوبُ الضَّمَانِ لِكَوْنِهِ مُتَعَدِّيًا بِتَرْكِ النَّقْضِ الْمُسْتَحَقِّ وَذَلِكَ عِنْدَ سُقُوطِ الْحَائِطِ وقد بَطَلَ الِاسْتِحْقَاقُ بِالْبَيْعِ فلم يُوجَدْ التَّعَدِّي عِنْدَ السُّقُوطِ بِتَرْكِ النَّقْضِ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا طُولِبَ الْأَبُ بِنَقْضِ حَائِطِ الصَّغِيرِ فلم يَنْقُضْ حتى مَاتَ الْأَبُ أو بَلَغَ الصَّبِيُّ ثُمَّ سَقَطَ الْحَائِطُ أنه لَا ضَمَانَ فيه لِأَنَّ قِيَامَ الْوِلَايَةِ وَقْتَ السُّقُوطِ شَرْطٌ وقد بَطَلَتْ بِالْمَوْتِ وَالْبُلُوغِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا إمْكَانُ النَّقْضِ بَعْدَ الْمُطَالَبَةِ وهو أَنْ يَكُونَ سُقُوطُ الْحَائِطِ بَعْدَ الْمُطَالَبَةِ بِالنَّقْضِ في مُدَّةٍ يُمْكِنُهُ نَقْضُهُ فيها لِأَنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ بِتَرْكِ النَّقْضِ الْوَاجِبِ وَلَا وُجُوبَ بِدُونِ الْإِمْكَانِ حتى لو طُولِبَ بِالنَّقْضِ فلم يُفَرِّطْ في نَقْضِهِ وَلَكِنَّهُ ذَهَبَ يَطْلُبُ من يَنْقُضُهُ فَسَقَطَ الْحَائِطُ فَتَلِفَ بِهِ شَيْءٌ لَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّهُ إذَا لم يَتَمَكَّنُ من النَّقْضِ لم يَكُنْ بِتَرْكِ النَّقْضِ مُتَعَدِّيًا فَبَقِيَ حَقُّ الْغَيْرِ حَاصِلًا في يَدِهِ بِغَيْرِ صُنْعِهِ فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا عليه وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ مَاهِيَّةِ الضَّمَانِ الْوَاجِبِ بِهَذِهِ الْجِنَايَةِ وَكَيْفِيَّتِهِ فَالْوَاجِبُ بِهَذِهِ الْجِنَايَةِ ما هو الْوَاجِبُ بِجِنْسِهَا من جِنَايَةِ الْحَافِرِ وَمَنْ في مَعْنَاهُ وَجِنَايَةُ السَّائِقِ وَالْقَائِدِ وَالنَّاخِسِ وهو ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْجِنَايَةَ إنْ كانت على بَنِي آدَمَ وَكَانَتْ نَفْسًا فَالْوَاجِبُ بها الدِّيَةُ وَإِنْ كانت ما دُونَ النَّفْسِ فَالْوَاجِبُ بها الْأَرْشُ فإذا بَلَغَ الْوَاجِبُ بها نِصْفَ عُشْرِ دِيَةِ الذَّكَرِ وهو عُشْرُ دِيَةِ الْأُنْثَى فما فَوْقَهُ تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ وَلَا تَتَحَمَّلُ ما دُونَ ذلك وَلَا ما يَجِبُ بِالْجِنَايَةِ على غَيْرِ بَنِي آدَمَ بَلْ يَكُونُ في مَالِهِ لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ إلَّا أَنَّ ظُهُورَ الْمِلْكِ لِصَاحِبِ الْحَائِطِ في الدَّارِ عِنْدَ الْإِنْكَارِ بِحَجَّةٍ مُطْلَقَةٍ وَهِيَ الْبَيِّنَةُ شَرْطُ تَحَمُّلِ الْعَاقِلَةِ حتى لو أَنْكَرَتْ الْعَاقِلَةُ كَوْنَ الدَّارِ مِلْكًا لِصَاحِبِ الْحَائِطِ لَا عَقْلَ عليهم حتى يُقِيمَ صَاحِبُ الدَّارِ الْبَيِّنَةَ على الْمِلْكِ كَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فقال لَا تَضْمَنُ الْعَاقِلَةَ حتى يَشْهَدُ الشُّهُودُ على ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ على التَّقْدِيمِ إلَيْهِ من سُقُوطِ

الْحَائِطِ وَعَلَى أَنَّ الدَّارَ له يُرِيدُ بِهِ عِنْدَ الْإِنْكَارِ
أَمَّا الشَّهَادَةُ على الْمِلْكِ فَلِأَنَّ الْمِلْكَ وَإِنْ كان ثَابِتًا له بِظَاهِرِ الْيَدِ لَكِنَّ الظَّاهِرَ لَا يُسْتَحَقُّ بِهِ حَقٌّ على غَيْرِهِ إذْ هو حُجَّةٌ لِلدَّفْعِ لَا حُجَّةُ الِاسْتِحْقَاقِ لِحَيَاةِ الْمَفْقُودِ وَغَيْرِ ذلك فَلَا بُدَّ من الْإِثْبَاتِ بِالْبَيِّنَةِ
وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَتَحَمَّلُ الْعَاقِلَةَ بِظَاهِرِ الْيَدِ وهو على الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا في الشُّفْعَةِ
وَأَمَّا الشَّهَادَةُ على الْمُطَالَبَةِ

(7/285)

فلِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ شَرْطُ وُجُوبِ الضَّمَانِ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ فَلَا بُدَّ من إثْبَاتِهَا بِالْبَيِّنَةِ عِنْدَ الْإِنْكَارِ
وَأَمَّا الشَّهَادَةُ على الْمَوْتِ من سُقُوطِ الْحَائِطِ فَلِأَنَّ بِهِ يَظْهَرُ سَبَبُ وُجُوبِ الضَّمَانِ وهو التَّعَدِّي لِأَنَّهُ ما لم يُعْلَمْ أَنَّهُ مَاتَ من السُّقُوطِ لَا يُعْلَمُ كَوْنَ صَاحِبِ الْحَائِطِ مُتَعَدِّيًا عليه
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فصل في الْقَسَامَةِ هذا الذي ذَكَرْنَا حُكْمُ قَتْلِ نَفْسٍ عُلِمَ قَاتِلُهَا فَأَمَّا حُكْمُ نَفْسٍ لم يُعْلَمْ قَاتِلُهَا فَوُجُوبُ الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ رَحِمَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى وَعِنْدَ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وُجُوبُ الْقَسَامَةِ وَالْقِصَاصِ وَالْكَلَامُ في الْقَسَامَةِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في تَفْسِيرِ الْقَسَامَةِ وَبَيَانِ مَحَلِّهَا وفي بَيَانِ شَرَائِطِ وُجُوبِ الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ
وفي بَيَانِ سَبَبِ وُجُوبِ الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ وفي بَيَانِ من يَدْخُلُ في الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ وفي بَيَانِ ما يَكُونُ إبْرَاءً عن الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ
أَمَّا تَفْسِيرُ الْقَسَامَةِ وَبَيَانُ مَحَلِّهَا فَالْقَسَامَةُ في اللُّغَةِ تُسْتَعْمَلُ بِمَعْنَى الْوَسَامَةِ وهو الْحُسْنُ وَالْجَمَالُ يُقَالُ فُلَانٌ قَسِيمٌ أَيْ حَسَنٌ جَمِيلٌ وفي صِفَاتِ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَسِيمٌ وَتُسْتَعْمَلُ بِمَعْنَى الْقَسَمِ وهو الْيَمِينُ إلَّا أَنَّ في عُرْفِ الشَّرْعِ تُسْتَعْمَلُ في الْيَمِينِ بِاَللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى بِسَبَبٍ مَخْصُوصٍ وَعَدَدٍ مَخْصُوصٍ وَعَلَى شَخْصٍ مَخْصُوصٍ وهو الْمُدَّعَى عليه على وَجْهٍ مَخْصُوصٍ وهو أَنْ يَقُولَ خَمْسُونَ من أَهْلِ الْمَحَلَّةِ إذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فيها بِاَللَّهِ ما قَتَلْنَاهُ وَلَا عَلِمْنَا له قَاتِلًا فإذا حَلَفُوا يَغْرَمُونَ الدِّيَةَ وَهَذَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ
وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ كان هُنَاكَ لَوْثٌ يُسْتَحْلَفُ الْأَوْلِيَاءُ خَمْسِينَ يَمِينًا فإذا حَلَفُوا يُقْتَصُّ من المدعي عليه
وَتَفْسِيرُ اللَّوْثِ عِنْدَهُ أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ عَلَامَةُ الْقَتْلِ في وَاحِدٍ بِعَيْنِهِ أو يَكُونَ هُنَاكَ عَدَاوَةٌ ظَاهِرَةٌ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ كان هُنَاكَ لَوْثٌ أَيْ عَدَاوَةٌ ظَاهِرَةٌ وكان بين دُخُولِهِ الْمَحَلَّةَ وَبَيْنَ وُجُودِهِ قَتِيلًا مُدَّةٌ يَسِيرَةٌ يُقَالُ لِلْوَلِيِّ عَيِّنْ الْقَاتِلَ فَإِنْ عَيَّنَ الْقَاتِلَ يُقَالُ لِلْوَلِيِّ احْلِفْ خَمْسِينَ يَمِينًا فَإِنْ حَلَفَ فَلَهُ قَوْلَانِ في قَوْلٍ يُقْتَلُ الْقَاتِلُ الذي عَيَّنَهُ كما قال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وفي قَوْلٍ يُغَرِّمُهُ الدِّيَةَ فَإِنْ عَدِمَ أَحَدَ هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا يَحْلِفُ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ فإذا حَلَفُوا لَا شَيْءَ عليهم كما في سَائِرِ الدعاوي

احْتَجَّا لِوُجُوبِ الْقَسَامَةِ على الْمُدَّعِي بِحَدِيثِ سَهْلِ بن أبي خيثمة ( ( ( حثمة ) ) ) أَنَّهُ قال وَجَدَ عبد اللَّهِ بن سَهْلٍ قَتِيلًا في قَلِيبِ خَيْبَرَ فَجَاءَ أَخُوهُ عبد الرحمن بن سَهْلٍ وَعَمَّاهُ حُوَيِّصَةُ وَمُحَيِّصَةَ إلَى رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم فَذَهَبَ عبد الرحمن يَتَكَلَّمُ عِنْدَ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْكُبْرَ الْكُبْرَ فَتَكَلَّمَ أَحَدُ عَمَّيْهِ

إمَّا حُوَيِّصَةُ وَإِمَّا مُحَيِّصَةُ الْكَبِيرُ مِنْهُمَا فقال يا رَسُولَ اللَّهِ إنَّا وَجَدْنَا عَبْدَ اللَّهِ قَتِيلًا في قَلِيبٍ من قلب ( ( ( قليب ) ) ) خَيْبَرَ

وَذَكَرَ عَدَاوَةَ الْيَهُودِ لهم فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَحْلِفُ لَكُمْ الْيَهُودُ خَمْسِينَ يَمِينًا أَنَّهُمْ لم يَقْتُلُوهُ فَقَالُوا كَيْفَ نَرْضَى بِأَيْمَانِهِمْ وَهُمْ مُشْرِكُونَ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ

فَيُقْسِمُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ فَقَالُوا كَيْفَ نُقْسِمُ على ما لم نَرَهُ فَوَدَاهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من عِنْدِهِ

وَوَجْهُ الِاسْتِدْلَالِ بِالْحَدِيثِ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَرَضَ الْأَيْمَانَ على أَوْلِيَاءِ الْقَتِيلِ فَدَلَّ أَنَّ الْيَمِينَ على الْمُدَّعِي

وَلَنَا ما رُوِيَ عن زِيَادِ بن أبي مَرْيَمَ أَنَّهُ قال جاء رَجُلٌ إلَى النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فقال يا رَسُولَ اللَّهِ إنِّي وَجَدْتُ أَخِي قَتِيلًا في بَنِي فُلَانٍ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اجْمَعْ منهم خَمْسِينَ فَيَحْلِفُونَ بِاَللَّهِ ما قَتَلُوهُ وَلَا عَلِمُوا له قَاتِلًا فقال يا رَسُولَ اللَّهِ ليس لي من أَخِي إلَّا هذا

فقال بَلْ لك مِائَةٌ من الْإِبِلِ فَدَلَّ الْحَدِيثُ على وُجُوبِ الْقَسَامَةِ على الْمُدَّعَى عليهم وَهُمْ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ لَا على الْمُدَّعِي وَعَلَى وُجُوبِ الدِّيَةِ عليهم من ( ( ( مع ) ) ) الْقَسَامَةِ

وَرُوِيَ عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال وُجِدَ قَتِيلٌ بِخَيْبَرَ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَخْرُجُوا من هذا الدَّمِ فقالت الْيَهُودُ كان وُجِدَ في بَنِي إسرائيل على عَهْدِ سَيِّدِنَا مُوسَى عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَقَضَى في ذلك فَإِنْ كُنْتَ نَبِيًّا فَاقْضِ

فقال لهم النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا ثُمَّ يَغْرَمُونَ الدِّيَةَ فَقَالُوا قَضَيْتَ بِالنَّامُوسِ أَيْ بِالْوَحْيِ

وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ وَبِهِ يَبْطُلُ قَوْلُ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ بِإِيجَابِ الْقِصَاصِ بِهِ لِأَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ غَرَّمَهُمْ الدِّيَةَ لَا الْقِصَاصَ وَلَوْ كان الْوَاجِبُ هو الْقِصَاصَ لَغَرَّمَهُمْ الْقِصَاصَ لَا الدِّيَةَ

وَرُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه حَكَمَ في قَتِيلٍ وُجِدَ بين قَرْيَتَيْنِ فَطَرَحَهُ على أَقْرَبِهِمَا وَأَلْزَمَ أَهْلَ الْقَرْيَةِ الْقَسَامَةَ وَالدِّيَةَ

وَكَذَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه ولم يُنْقَلْ الْإِنْكَارُ عَلَيْهِمَا من أَحَدٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ فَيَكُونُ إجْمَاعًا

وَأَمَّا حَدِيثُ سَهْلٍ فَفِيهِ ما يَدُلُّ علي عَدَمِ الثُّبُوتِ وَلِهَذَا ظَهَرَ النَّكِيرُ فيه من السَّلَفِ فإن فيه أَنَّهُ

---



---

عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دَعَاهُمْ إلَى أَيْمَانِ الْيَهُودِ فَقَالُوا كَيْفَ نَرْضَى بِأَيْمَانِهِمْ وَهُمْ مُشْرِكُونَ وَهَذَا يَجْرِي مَجْرَى الرَّدِّ لِمَا دَعَاهُمْ إلَيْهِ مع ما أَنَّ رِضَا الْمُدَّعِي

لَا مَدْخَلَ لِه في يَمِينِ الْمُدَّعَى عليه وَفِيهِ أَيْضًا أَنَّهُ لَمَّا قال لهم يَحْلِفُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ قالوا كَيْفَ نَحْلِفُ على ما لم نَشْهَدْ
وَهَذَا أَيْضًا يَجْرِي مَجْرَى الرَّدِّ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ثُمَّ إنَّهُمْ أَنْكَرُوا ذلك لِعَدَمِ عِلْمِهِمْ بِالْمَحْلُوفِ عليه وَرَسُولُ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم كان يَعْلَمُ أَنَّهُمْ لَا عِلْمَ لهم بِذَلِكَ فَكَيْفَ استجاز ( ( ( استخار ) ) ) عَرْضَ الْيَمِينِ عليهم وَلَئِنْ ثَبَتَ فَهُوَ مُؤَوَّلٌ وَتَأْوِيلُهُ أَنَّهُمْ لَمَّا قالوا لَا نَرْضَى بِأَيْمَانِ الْيَهُودِ فقال لهم عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَحْلِفُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ على الِاسْتِفْهَامِ أَيْ أَيَحْلِفُ إذْ الِاسْتِفْهَامُ قد يَكُونُ بِحَذْفِ حَرْفِ الِاسْتِفْهَامِ كما قال اللَّهُ تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ { تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا } أَيْ أَتُرِيدُونَ
كما رُوِيَ في بَعْضِ أَلْفَاظِ حديث سَهْلٍ أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ على سَبِيلِ الرَّدِّ والانكار عليهم كما قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ } حَمَلْنَاهُ على هذا تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ وَالْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ دَلِيلٌ على ما قُلْنَا وهو قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْبَيِّنَةُ على الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ على الْمُدَّعَى عليه جَعَلَ جِنْسَ الْيَمِينِ على الْمُدَّعَى عليه فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَكُونَ شَيْءٌ من الايمان على الْمُدَّعِي
فَإِنْ قِيلَ رُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال الْبَيِّنَةُ على الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ على الْمُدَّعَى عليه إلَّا في الْقَسَامَةِ اسْتَثْنَى الْقَسَامَةَ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تَكُونَ الْيَمِينُ على الْمُدَّعَى عليه في الْقَسَامَةِ لِأَنَّ حُكْمَ الْمُسْتَثْنَى يُخَالِفُ حُكْمَ الْمُسْتَثْنَى منه
فَالْجَوَابُ أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ لو ثَبَتَ فَلَهُ تَأْوِيلَانِ أَحَدُهُمَا الْيَمِينُ على الْمُدَّعَى عليه بِعَيْنِهِ إلَّا في الْقَسَامَةِ فإنه يَحْلِفُ من لم يُدَّعَ عليه الْقَتْلُ بِعَيْنِهِ وَالثَّانِي الْيَمِينُ كُلُّ الْوَاجِبِ على الْمُدَّعَى عليه إلَّا في الْقَسَامَةِ فإنه تَجِبُ مَعَهَا الدِّيَةُ وَاَللَّهُ تعالى أَعْلَمُ
وَإِنَّمَا جَمَعْنَا في الْقَسَامَةِ بين الْيَمِينِ الْبَتَاتِ وَالْعِلْمِ إلَى آخِرِهِ لِأَنَّ إحْدَى الْيَمِينَيْنِ كانت على فِعْلِهِمْ فَكَانَتْ على الْبَتَاتِ وَالْأُخْرَى على فِعْلِ غَيْرِهِمْ فَكَانَتْ على الْعِلْمِ وَاَللَّهُ تَعَالَى عز وجل أَعْلَمُ
فَإِنْ قِيلَ أَيُّ فَائِدَةٍ في الِاسْتِحْلَافِ على الْعِلْمِ وَهُمْ لو عَلِمُوا الْقَاتِلَ فَأَخْبَرُوا بِهِ لَكَانَ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُمْ لِأَنَّهُمْ يُسْقِطُونَ بِهِ الضَّمَانَ عن أَنْفُسِهِمْ فَكَانُوا مُتَّهَمِينَ دَافِعِينَ الْغُرْمَ عن أَنْفُسِهِمْ وقد قال عليه السلام لا شهادة للمتهم قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا شَهَادَةَ لِجَارِ الْمَغْنَمِ وَلَا لِدَافِعِ الْمَغْرَمِ قِيلَ إنَّمَا أُسْتُحْلِفُوا على الْعِلْمِ اتباعا لِلسُّنَّةِ لِأَنَّ السُّنَّةَ هَكَذَا وَرَدَتْ لِمَا رَوَيْنَا من الْأَخْبَارِ فَاتَّبَعْنَا السُّنَّةَ من غَيْرِ أَنْ نَعْقِلَ فيه الْمَعْنَى
ثُمَّ فيه فَائِدَةٌ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ من الْجَائِزِ أَنْ يَكُونَ الْقَاتِلُ عَبْدًا لِوَاحِدٍ منهم فَيُقِرُّ عليه بِالْقَتْلِ فَيُقْبَلُ إقْرَارُهُ لِأَنَّ إقْرَارَ الْمَوْلَى على عَبْدِهِ بِالْقَتْلِ الْخَطَأِ صَحِيحٌ فَيُقَالُ له ادْفَعْهُ أو افده وَيَسْقُطُ الْحُكْمُ عن غَيْرِهِ فَكَانَ التَّحْلِيفُ على الْعِلْمِ مُفِيدًا وَجَائِزٌ أَنْ يُقِرَّ على عبد غَيْرِهِ وَيُصَدِّقَهُ مَوْلَاهُ فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ أو الْفِدَاءِ وَيَسْقُطُ الْحُكْمُ عن غَيْرِهِ فَكَانَ مُفِيدًا فَجَازَ أَنْ يَكُونَ التَّحْلِيفُ على الْعِلْمِ لِهَذَا الْمَعْنَى في الْأَصْلِ ثُمَّ بَقِيَ هذا الْحُكْمُ
وَإِنْ لم يَكُنْ لِوَاحِدٍ من الحالفين ( ( ( الحالين ) ) ) عَبْدٌ كَالرَّمَلِ في الطَّوَافِ لِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان يَرْمُلُ في الطَّوَافِ إظْهَارًا لِلْجَلَادَةِ وَالْقُوَّةِ مراآة ( ( ( مرآة ) ) ) لِلْكَفَرَةِ بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَحِمَ اللَّهُ امْرَأً أَظْهَرَ الْيَوْمَ الْجَلَادَةَ من نَفْسِهِ ثُمَّ زَالَ ذلك الْيَوْمُ ثُمَّ بَقِيَ الرَّمَلُ سَنَةً في الطَّوَافِ حتى رُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه كان يَرْمُلُ في الطَّوَافِ وَيَقُولُ ما أَهُزُّ كَتِفِي ولم أَحَدًا رَأَيْتُهُ لَكِنِّي رأيت رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه

وسلم يَفْعَلُ ذلك كَذَا هذا
وَالثَّانِي أَنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَكُونَ وَاحِدٌ منهم أَمَرَ صَبِيًّا أو مَجْنُونًا أو عَبْدًا مَحْجُورًا عليه بِالْقَتْلِ وَلَوْ أَقَرَّ بِهِ يَلْزَمُهُ في مَالِهِ يَحْلِفُ بِاَللَّهِ ما عَلِمْتَ له قَاتِلًا لِأَنَّهُ لو قال عَلِمْتَ له قَاتِلًا وهو الصَّبِيُّ الذي أَمَرَهُ بِقَتْلِهِ لَكَانَ حَاصِلُ الضَّمَانِ عليه وَيَسْقُطُ الْحُكْمُ عن غَيْرِهِ فَكَانَ مقيدا ( ( ( مفيدا ) ) ) وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ وُجُوبِ الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ الْمَوْجُودُ قَتِيلًا وهو أَنْ يَكُونَ بِهِ أَثَرُ الْقَتْلِ من جِرَاحَةٍ أو أَثَرِ ضَرْبٍ أو خَنْقٍ فَإِنْ لم يَكُنْ شَيْءٌ من ذلك فَلَا قَسَامَةَ فيه وَلَا دِيَةَ لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ بِهِ أَثَرُ الْقَتْلِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ فَلَا يَجِبُ فيه شَيْءٌ فإذا اُحْتُمِلَ أَنَّهُ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ وَاحْتُمِلَ أَنَّهُ قُتِلَ احْتِمَالًا على السَّوَاءِ فَلَا يَجِبُ شَيْءٌ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ وَلِهَذَا لو وُجِدَ في الْمَعْرَكَةِ ولم يَكُنْ بِهِ أَثَرُ الْقَتْلِ لم يَكُنْ شَهِيدًا حتى يُغَسَّلَ
وَعَلَى هذا قالوا إذَا وُجِدَ وَالدَّمُ يَخْرُجُ من فَمِهِ أو من أَنْفِهِ أو دُبُرِهِ أو ذَكَرِهِ لَا شَيْءَ فيه لِأَنَّ الدَّمَ يَخْرُجُ من هذه الْمَوَاضِعِ عَادَةً بِدُونِ الضَّرْبِ بِسَبَبِ الْقَيْءِ وَالرُّعَافِ وَعَارِضٍ آخَرَ فَلَا يُعْرَفُ كَوْنُهُ قَتِيلًا وَإِنْ كان يَخْرُجُ من عَيْنِهِ أو أُذُنِهِ فَفِيهِ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ لِأَنَّ الدَّمَ

---



---

لَا يَخْرُجُ من هذه الْمَوَاضِعِ عَادَةً فَكَانَ الْخُرُوجُ مُضَافًا إلَى ضَرْبٍ حَادِثٍ فَكَانَ قَتِيلًا وَلِهَذَا وُجِدَ هَكَذَا في الْمَعْرَكَةِ كان شَهِيدًا وفي الْأَوَّلِ لَا يَكُونُ شَهِيدًا
وَلَوْ مَرَّ في مَحَلَّةٍ فَأَصَابَهُ سَيْفٌ أو خَنْجَرٌ فَجَرَحَهُ وَلَا يَدْرِي من أَيِّ مَوْضِعٍ أَصَابَهُ فَحُمِلَ إلَى أَهْلِهِ فَمَاتَ من تِلْكَ الْجِرَاحَةِ فَإِنْ كان لم يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حتى مَاتَ فَعَلَى عَاقِلَةِ الْقَبِيلَةِ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ وَإِنْ لم يَكُنْ صَاحِبَ فِرَاشٍ فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ وَهَذَا قَوْلُهُمَا
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا قَسَامَةَ فيه وَلَا ضَمَانَ في الْوَجْهَيْنِ جميعا وهو قَوْلُ ابْنِ أبي لَيْلَى رَحِمَهُ اللَّهُ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْمَجْرُوحَ إذَا لم يَمُتْ في الْمَحَلَّةِ كان الْحَاصِلُ في الْمَحَلَّةِ ما دُونَ النَّفْسِ وَلَا قَسَامَةَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ كما لو وُجِدَ مَقْطُوعَ الْيَدِ في الْمَحَلَّةِ وَلِهَذَا لو لم يَكُنْ صَاحِبُ فراش ( ( ( الفراش ) ) ) فَلَا شَيْءَ فيه كَذَا هذا
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إذَا لم يَبْرَأْ عن الْجِرَاحَةِ وكان لم يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حتى مَاتَ عَلِمَ أَنَّهُ مَاتَ من الْجِرَاحَةِ فَعُلِمَ أَنَّ الْجِرَاحَةَ حَصَلَتْ قَتْلًا من حِينِ وُجُودِهَا فَكَانَ قَتِيلًا في ذلك الْوَقْتِ كَأَنَّهُ مَاتَ في الْمَحَلَّةِ بِخِلَافِ ما إذَا لم يَكُنْ صَاحِبُ فِرَاشٍ لِأَنَّهُ إذَا لم يَصِرْ صَاحِبَ فِرَاشٍ لم يُعْلَمْ أَنَّ الْمَوْتَ حَصَلَ من الْجِرَاحَةِ فلم يُوجَدْ قَتِيلًا في الْمَحَلَّةِ فَلَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا وُجِدَ من الْقَتِيلِ أَكْثَرُ بَدَنِهِ أَنَّ فيه الْقَسَامَةَ وَالدِّيَةَ لِأَنَّهُ يُسَمَّى قَتِيلًا لِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ
وَلَوْ وُجِدَ عُضْوٌ من أَعْضَائِهِ كَالْيَدِ وَالرِّجْلِ أو وُجِدَ أَقَلُّ من نِصْفِ الْبَدَنِ فَلَا قَسَامَةَ فيه وَلَا دِيَةَ لِأَنَّ الْأَقَلَّ من النِّصْفِ لَا يُسَمَّى قَتِيلًا وَلِأَنَّا لو أَوْجَبْنَا في هذا الْقَدْرِ الْقَسَامَةَ لَأَوْجَبْنَا في الْبَاقِي قَسَامَةً أُخْرَى فَيُؤَدِّي إلَى اجْتِمَاعِ قَسَامَتَيْنِ في نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَإِنْ وُجِدَ النِّصْفُ فَإِنْ كان النِّصْفُ

الذي فيهِ الرَّأْسُ فَفِيهِ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ وَإِنْ كان النِّصْفُ الْآخَرَ فَلَا قَسَامَةَ فيه وَلَا دِيَةَ لِأَنَّ الرَّأْسَ إذَا كان معه يُسَمَّى قَتِيلًا وإذا لم يَكُنْ لَا يُسَمَّى قَتِيلًا لِأَنَّ الرَّأْسَ أَصْلٌ وَلِأَنَّا لو أَوْجَبْنَا في النِّصْفِ الذي لَا رَأْسَ فيه لَلَزِمَنَا الْإِيجَابُ في النِّصْفِ الذي معه الرَّأْسُ فَيُؤَدِّي إلَى ما قُلْنَا

وَإِنْ وُجِدَ الرَّأْسُ وَحْدَهُ فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ لِأَنَّ الرَّأْسَ وَحْدَهُ لَا يُسَمَّى قَتِيلًا وَإِنْ وُجِدَ النِّصْفُ مَشْقُوقًا فَلَا شَيْءَ فيه لِأَنَّ النِّصْفَ الْمَشْقُوقَ لَا يُسَمَّى قَتِيلًا وَلِأَنَّ في اعْتِبَارِهِ إيجَابَ الْقَسَامَتَيْنِ على ما بَيَّنَّا

وَنَظِيرُ هذا ما قُلْنَا في صَلَاةِ الْجِنَازَةِ إذَا وُجِدَ أَكْثَرُ الْبَدَنِ أو أقل ( ( ( أقله ) ) ) أو نِصْفُهُ على التَّفْصِيلِ الذي ذَكَرْنَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يُعْلَمَ قَاتِلُهُ فَإِنْ عُلِمَ فَلَا قَسَامَةَ فيه وَلَكِنْ يَجِبُ الْقِصَاصُ إنْ كان قَتِيلًا يُوجِبُ الْقِصَاصَ وَتَجِبُ الدِّيَةُ إنْ كان قَتِيلًا يُوجِبُ الدِّيَةَ وقد ذَكَرْنَا جَمِيعَ ذلك فِيمَا تَقَدَّمَ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْقَتِيلُ من بَنِي آدَمَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَلَا قَسَامَةَ في بَهِيمَةٍ وُجِدَتْ في مَحَلَّةِ قَوْمٍ وَلَا غُرْمَ فيها لِأَنَّ لُزُومَ الْقَسَامَةَ في نَفْسِهَا أَمْرٌ ثَبَتَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِأَنَّ تَكْرَارَ الْيَمِينِ غَيْرُ مَشْرُوعٍ وَاعْتِبَارُ عَدَدِ الْخَمْسِينَ غَيْرُ مَعْقُولٍ وَلِهَذَا لم يُعْتَبَرْ في سَائِرِ الدعاوي وَكَذَا وُجُوبُ الدِّيَةِ مَعَهَا لِأَنَّ الْيَمِينَ في الشَّرْعِ جُعِلَتْ دَافِعَةً لِلِاسْتِحْقَاقِ بِنَفْسِهَا كما في سَائِرِ الدعاوي إلَّا أَنَّا عَرَفْنَا ذلك بِالنُّصُوصِ وَالْإِجْمَاعِ في بَنِي آدَمَ خاصة فَبَقِيَ الْأَمْرُ فِيمَا وَرَاءَهُمْ على الْأَصْلِ وَلِهَذَا لم تَجِبْ الْقَسَامَةُ وَالْغَرَامَةُ في سَائِرِ الْأَمْوَالِ كَذَا في الْبَهَائِمِ

وَتَجِبُ في الْعَبْدِ الْقَسَامَةُ وَالْقِيمَةُ إذَا وُجِدَ قَتِيلًا في غَيْرِ مِلْكِ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ آدَمِيٌّ من كل وَجْهٍ وَلِهَذَا يَجِبُ فيه الْقِصَاصُ في الْعَمْدِ وَالْكَفَّارَةُ في الْخَطَأِ وَتَغْرَمُ الْعَاقِلَةُ قِيمَتَهُ في الْخَطَأِ وَهَذَا على أَصْلِهِمَا

فَأَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ فَلَا قَسَامَةَ فيه وَلَا دِيَةَ لِأَنَّ الْعَبْدَ عِنْدَهُ مَضْمُونٌ بِالْخَطَأِ من حَيْثُ أنه مَالٌ لَا من حَيْثُ أنه آدَمِيٌّ وَلِهَذَا قال تَجِبُ قِيمَتُهُ في الْقَتْلِ الْخَطَأِ بَالِغَةً ما بَلَغَتْ وَلَا تَتَحَمَّلُهَا الْعَاقِلَةُ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْبَهِيمَةِ

وَكَذَا الْجَوَابُ في الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُكَاتَبِ وَالْمَأْذُونِ لِمَا قُلْنَا وَسَوَاءٌ كان الْقَتِيلُ مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا عَاقِلًا أو مَجْنُونًا بَالِغًا أو صَبِيًّا ذَكَرًا أو أُنْثَى لِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَطْلَقَ الْقَضِيَّةَ بِالْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ في مُطْلَقِ قَتِيلٍ أُخْبِرَ بِهِ في بَعْضِ الْأَحَادِيثِ ولم يَسْتَفْسِرْ وَلَوْ كان الْحُكْمُ يَخْتَلِفُ لاستفسر ( ( ( لاستفسروا ) ) ) ولأن دَمَ هَؤُلَاءِ مَضْمُونٌ بِالْقِصَاصِ وَالدِّيَةِ في الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ فَيَكُونُ مَضْمُونًا بِالْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ وَسَوَاءٌ وُجِدَ الْمُسْلِمُ قَتِيلًا في مَحَلَّةِ الْمُسْلِمِينَ أو في مَحَلَّةِ أَهْلِ الذِّمَّةِ لِأَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بن سَهْلٍ الْأَنْصَارِيَّ رضي اللَّهُ عنه وُجِدَ قَتِيلًا في قَلِيبٍ من قلب ( ( ( قليب ) ) ) خَيْبَرَ وَأَوْجَبَ رسول اللَّهِ الْقَسَامَةَ على الْيَهُودِ وَكَذَا الذِّمِّيُّ لِأَنَّ لهم ما لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ ما عليهم إلَّا ما نُصَّ بِدَلِيلٍ

وَمِنْهَا الدَّعْوَى من أَوْلِيَاءِ الْقَتِيلِ لِأَنَّ الْقَسَامَةَ يَمِينٌ وَالْيَمِينُ لَا تَجِبُ بِدُونِ الدَّعْوَى كما في سَائِرِ الدعاوي وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا إنْكَارُ الْمُدَّعَى

---

عليه لِأَنَّ الْيَمِينَ وَظِيفَةُ الْمُنْكِرِ قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْيَمِينُ على من أَنْكَرَ جَعَلَ جِنْسَ الْيَمِينِ على الْمُنْكِرِ فَيَنْفِي وُجُوبَهَا على غَيْرِ الْمُنْكِرِ
وَمِنْهَا الْمُطَالَبَةُ بِالْقَسَامَةِ لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّ الْمُدَّعِي وَحَقُّ الْإِنْسَانِ يُوَفَّى عِنْدَ طَلَبِهِ كما في سَائِرِ الْأَيْمَانِ وَلِهَذَا كان الِاخْتِيَارُ في حَالِ الْقَسَامَةِ إلَى أَوْلِيَاءِ الْقَتِيلِ لِأَنَّ الْأَيْمَانَ حَقُّهُمْ فَلَهُمْ أَنْ يَخْتَارُوا من يَتَّهِمُونَهُ وَيَسْتَحْلِفُونَ صَالِحِي الْعَشِيرَةِ الَّذِينَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُمْ لَا يَحْلِفُونَ كَذِبًا
وَلَوْ طُولِبَ من عليه الْقَسَامَةُ بها فَنَكَلَ عن الْيَمِينِ حُبِسَ حتى يَحْلِفَ أو يُقِرَّ لِأَنَّ الْيَمِينَ في بَابِ الْقَسَامَةِ حَقٌّ مَقْصُودٌ بِنَفْسِهِ لَا أَنَّهُ وَسِيلَةٌ إلَى الْمَقْصُودِ وهو الدِّيَةُ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يُجْمَعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدِّيَةِ وَلِهَذَا قال الحرث ( ( ( الحارث ) ) ) بن الْأَزْمَعِ لِسَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه انبذ ( ( ( أنبذل ) ) ) أَيْمَانَنَا وَأَمْوَالَنَا فقال نعم
وَرُوِيَ أَنَّ الْحَارِثَ قال أَمَا تُجْزِي هذه عن هذه فقال لَا
وَرُوِيَ أَنَّهُ قال فَبِمَ يَبْطُلُ دَمُ صَاحِبِكُمْ فإذا كانت مَقْصُودَةً بِنَفْسِهَا فَمَنْ امْتَنَعَ عن أَدَاءِ حَقٍّ مَقْصُودٍ بِنَفْسِهِ وهو قَادِرٌ على الْأَدَاءِ يُجْبَرُ عليه بِالْحَبْسِ كَمَنْ امْتَنَعَ عن قَضَاءِ دَيْنٍ عليه مع الْقُدْرَةِ على الْقَضَاءِ بِخِلَافِ الْيَمِينِ في سَائِرِ الْحُقُوقِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ مَقْصُودَةً بِنَفْسِهَا بَلْ هِيَ وَسِيلَةٌ إلَى الْمَقْصُودِ وهو الْمَالُ الْمُدَّعَى أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا بَلْ إذَا حَلَفَ الْمُدَّعَى عليه برىء أو لَا تَرَى أَنَّهُ إذَا لم يَحْلِفْ الْمُدَّعَى عليه ولم يُقِرَّ وَبَذَلَ الْمَالَ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَهَهُنَا لو لم يَحْلِفُوا ولم يُقِرُّوا وَبَذَلُوا الدِّيَةَ لَا تَسْقُطُ عَنْهُمْ الْقَسَامَةُ فَدَلَّ أنها مَقْصُودَةٌ بِنَفْسِهَا فَيُجْبَرُونَ عليها بِالْحَبْسِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُمْ لَا يُحْبَسُونَ وَالدِّيَةُ على الْعَاقِلَةِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَذَكَرَ فيه أَيْضًا أَنَّ الْإِمَامَ إذَا أَيِسَ عن الْحَلْفِ وَسَأَلَهُ الْأَوْلِيَاءُ أَنْ يُغَرِّمَهُمْ الدِّيَةَ يقضي عليهم بِالدِّيَةِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَوْضِعُ الذي وُجِدَ فيه الْقَتِيلِ مِلْكًا لِأَحَدٍ أو في يَدِ أَحَدٍ فَإِنْ لم يَكُنْ مِلْكًا لِأَحَدٍ وَلَا في يَدِ أَحَدٍ أَصْلًا فَلَا قَسَامَةَ فيه وَلَا دِيَةَ وَإِنْ كان في يَدِ أَحَدٍ يَدُ الْعُمُومِ لَا يَدُ الْخُصُوصِ وهو أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ فيه لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ لَا لِوَاحِدٍ منهم وَلَا لِجَمَاعَةٍ يُحْصَوْنَ لَا تَجِبُ الْقَسَامَةُ وَتَجِبُ الدِّيَةُ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْقَسَامَةَ أو الدِّيَةَ إنَّمَا تَجِبُ بِتَرْكِ الْحِفْظِ اللَّازِمِ على ما نَذْكُرُ فإذا لم يَكُنْ مِلْكَ أَحَدٍ وَلَا في يَدِ أَحَدٍ أَصْلًا لَا يَلْزَمُ أَحَدًا حِفْظُهُ فَلَا تَجِبُ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ وإذا كان في يَدِ الْعَامَّةِ فَحِفْظُهُ على الْعَامَّةِ لَكِنْ لَا سَبِيلَ إلَى إيجَابِ الْقَسَامَةِ على الْكُلِّ لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ من الْكُلِّ وَأَمْكَنَ إيجَابُ الدِّيَةِ على الْكُلِّ لِإِمْكَانِ الِاسْتِيفَاءِ منهم بِالْأَخْذِ من بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ مَالَ بَيْتِ الْمَالِ مَالُهُمْ فَكَانَ الْأَخْذُ من بَيْتِ الْمَالِ اسْتِيفَاءً منهم
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ في فَلَاةٍ من الْأَرْضِ ليس بِمِلْكٍ لِأَحَدٍ أَنَّهُ لَا قَسَامَةَ فيه وَلَا دِيَةَ إذَا كان بِحَيْثُ لَا يُسْمَعُ الصَّوْتُ من الْأَمْصَارِ وَلَا من قَرْيَةٍ من الْقُرَى فَإِنْ كان بِحَيْثُ يُسْمَعُ الصَّوْتُ تَجِبُ الْقَسَامَةُ على أَقْرَبِ الْمَوَاضِعِ إلَيْهِ فَإِنْ كان أَقْرَبَ إلَى الْقُرَى فَعَلَى أَقْرَبِ الْقُرَى وَإِنْ كان أَقْرَبَ إلَى الْمِصْرِ فَعَلَى أَقْرَبِ مَحَالِّ الْمِصْرِ إلَيْهِ لِأَنَّهُ إذَا كان بِحَيْثُ لَا يُسْمَعُ الصَّوْتُ وَالْغَوْثُ لَا يُلْحَقُ ذلك الْمَوْضِعُ فلم يَكُنْ الْمَوْضِعُ في يَدِ أَحَدٍ فلم يُوجَدْ الْقَتِيلُ في مِلْكِ أَحَدٍ وَلَا في يَدِ أَحَدٍ أَصْلًا فَلَا تَجِبُ فيه الْقَسَامَةُ وَلَا الدِّيَةُ وإذا كانت بِحَيْثُ يُسْمَعُ الصَّوْتُ وَالْغَوْثُ يُلْحَقُ فَكَانَ من تَوَابِعِ أَقْرَبِ الْمَوَاضِعِ إلَيْهِ
وقد وَرَدَ بِاعْتِبَارِ الْقُرْبِ حَدِيثٌ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَقَضَى بِهِ أَيْضًا سَيِّدُنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه على ما نَذْكُرُ
وَلَوْ وُجِدَ في نَهْرٍ عَظِيمٍ كَدِجْلَةَ وَالْفُرَاتِ وَسَيْحُونَ وَنَحْوِهَا فَإِنْ كان النَّهْرُ

يَجْرِي بِهِ فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ لِأَنَّ النَّهْرَ الْعَظِيمَ ليس مِلْكًا لِأَحَدٍ وَلَا في يَدِ أَحَدٍ
وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ تَجِبُ على أَقْرَبِ الْقُرَى من ذلك الْمَوْضِعِ كما إذَا وُجِدَ
على الدَّابَّةِ وَهِيَ تَسِيرُ وَلَيْسَتْ في يَدِ أَحَدٍ وَهَذَا الْقِيَاسُ ليس بِسَدِيدٍ لِأَنَّ
الْمَوْضِعَ الذي تَسِيرُ فيه الدَّابَّةُ تَابِعٌ لِأَقْرَبِ الْمَوَاضِعِ إلَيْهِ فَكَانَ في يَدِ أَهْلِهِ
بِخِلَافِ النَّهْرِ الْكَبِيرِ فإنه لَا يَدْخُلُ تَحْتَ يَدِ أَحَدٍ لَا بِالْأَصَالَةِ وَلَا بِالتَّبَعِيَّةِ
وَإِنْ كان النَّهْرُ لَا يَجْرِي بِهِ وَلَكِنَّهُ كان محتبسا ( ( ( محتسبا ) ) ) في الشَّطِّ
أو مَرْبُوطًا على الشَّطِّ أو مُلْقًى على الشَّطِّ فَإِنْ كان الشَّطُّ مِلْكًا فَحُكْمُهُ
حُكْمُ الْأَرْضِ الْمَمْلُوكَةِ أو الدَّارِ الْمَمْلُوكَةِ إذَا وُجِدَ فيها قَتِيلٌ وَسَنَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ
اللَّهُ تَعَالَى فَإِنْ لم يَكُنْ مِلْكًا لِأَحَدٍ فَعَلَى أَقْرَبِ الْمَوَاضِعِ إلَيْهِ من الْأَمْصَارِ
وَالْقُرَى من حَيْثُ يُسْمَعُ الصَّوْتُ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ لِأَنَّهُمْ يَسْتَقُونَ منه الْمَاءَ
وَيُورِدُونَ دَوَابَّهُمْ فَكَانَ لهم تَصَرُّفٌ في الشَّطِّ فَكَانَ الشَّطُّ في أَيْدِيهِمْ
وَكَذَلِكَ لو كان في الْجَزِيرَةِ فَعَلَى أَقْرَبِ الْمَوَاضِعِ إلَى الْجَزِيرَةِ من الْأَمْصَارِ
وَالْقُرَى من حَيْثُ يُسْمَعُ الصَّوْتُ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ لِأَنَّ الْجَزِيرَةَ تَكُونُ في
تَصَرُّفِهِمْ فَكَانَتْ

---



---

في أَيْدِيهِمْ
وَإِنْ وُجِدَ في نَهْرٍ صَغِيرٍ مِمَّا يقضي فيه بِالشُّفْعَةِ لِلشُّرَكَاءِ في الشُّرْبِ فَفِيهِ
الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على أَهْلِ النَّهْرِ لِأَنَّ النَّهْرَ مَمْلُوكٌ لهم وَسَوَاءٌ كان الْقَتِيلُ
مُحْتَبَسًا أو مَرْبُوطًا على الشَّطِّ أو كان النَّهْرُ يَجْرِي بِهِ بِخِلَافِ النَّهْرِ الْكَبِيرِ لِأَنَّهُ
إذَا كان مِلْكًا لِأَرْبَابِهِ كان الْمَوْضِعُ الذي يَجْرِي بِهِ مَمْلُوكًا لهم وَلَيْسَ كَذَلِكَ
النَّهْرُ الْكَبِيرُ
وَلَا قَسَامَةَ في قَتِيلٍ يُوجَدُ في مَسْجِدِ الْجَامِعِ وَلَا في شَوَارِعِ الْعَامَّةِ وَلَا في
جُسُورِ الْعَامَّةِ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ الْمِلْكُ وَلَا يَدُ الْخُصُوصِ وَتَجِبُ الدِّيَةُ على بَيْتِ
الْمَالِ لِأَنَّ تَدْبِيرَ هذه الْمَوَاضِعِ وَمَصْلَحَتَهَا إلَى الْعَامَّةِ فَكَانَ حِفْظُهَا عليهم فإذا
قَصَّرُوا ضَمَّنُوا وبيت ( ( ( بيت ) ) ) الْمَالِ مَالُهُمْ فَيُؤْخَذُ من بَيْتِ الْمَالِ
وَكَذَلِكَ لَا قَسَامَةَ في قَتِيلٍ في سُوقِ الْعَامَّةِ وَهِيَ الْأَسْوَاقُ التي لَيْسَتْ
بِمَمْلُوكَةٍ وَهِيَ سُوقُ السُّلْطَانِ لِأَنَّهَا إذَا لم تَكُنْ مَمْلُوكَةً وَلَيْسَ لِأَحَدٍ عليها يَدُ
الْخُصُوصِ كانت كَالشَّوَارِعِ الْعَامَّةِ لِأَنَّ سُوقَ السُّلْطَانِ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا
تَجِبُ الْقَسَامَةُ وَتَجِبُ الدِّيَةُ لِأَنَّ حِفْظَهَا وَالتَّدْبِيرَ فيها إلَى جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ
فَيَضْمَنُونَ بِالتَّقْصِيرِ فَبَيْتُ الْمَالِ مَالُ عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَيُؤْخَذُ منه
وَكَذَا إذَا وُجِدَ في مَسْجِدِ جَمَاعَتِهِمْ لا قَسَامَةَ وَالدِّيَةُ في بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّهُ لَا
مِلْكَ لِأَحَدٍ فيه وَلَا يَدُ الْخُصُوصِ وَيَدُ الْعُمُومِ تُوجِبُ الدِّيَةَ لَا الْقَسَامَةَ لِمَا بَيَّنَّا
فَإِنْ كان السَّوْقُ مِلْكًا تَجِبُ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ لَكِنْ على من تَجِبُ فيه اخْتِلَافٌ
نَذْكُرهُ في مَوْضِعه إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَلَا قَسَامَةَ في قَتِيلٍ يُوجَدُ في السِّجْنِ لِانْعِدَامِ الْمِلْكِ وَيَدِ الْخُصُوصِ لِأَنَّهُ لَا
تَصَرُّفَ لِأَهْلِ السِّجْنِ في السِّجْنِ لِكَوْنِهِمْ مَقْهُورِينَ فيه وَتَجِبُ الدِّيَةُ على بَيْتِ
الْمَالِ لِأَنَّ يَدَ الْعُمُومِ ثَابِتَةٌ عليه وَلِأَنَّ مَنْفَعَةَ السِّجْنِ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُ بُنِيَ
لِاسْتِيفَاءِ حُقُوقِهِمْ وَدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُمْ وَيَدُ الْعُمُومِ تُوجِبُ الدِّيَةَ لَا الْقَسَامَةَ
وَهَذَا قَوْلُهُمَا

وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَجِبُ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على أَهْلِ السِّجْنِ لِأَنَّ لهم ضَرْبَ تَصَرُّفٍ في السِّجْنِ فَكَأَنَّ لهم يَدًا على السِّجْنِ فَعَلَيْهِمْ حِفْظُهُ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ الْقَتِيلُ مِلْكًا لِصَاحِبِ الْمِلْكِ الذي وُجِدَ فيه فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ في قِنٍّ أو مُدَبَّرٍ أو أُمِّ وَلَدٍ أو مُكَاتَبٍ أو مَأْذُونٍ وُجِدَ قَتِيلًا في دَارِ مَوْلَاهُ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ وَوُجُودُهُ في دَارِهِ قَتِيلًا كَمُبَاشَرَةِ الْقَتْلِ منه وَقَتْلُ الْمَمْلُوكِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ضَمَانٌ إلَّا أَنَّ في الْمُكَاتَبِ تَجِبُ على الْمَوْلَى قِيمَتُهُ لِأَنَّهُ فِيمَا يَرْجِعُ إلَى كَسْبِهِ وَأَرْشُ جِنَايَتِهِ حُرٌّ فَكَانَ كَسْبُهُ وَأَرْشُهُ له
وَالْمَوْلَى فيه كَالْأَجْنَبِيِّ وَلَا تَعْقِلَهُ الْعَاقِلَةُ لِأَنَّهُ إذَا صَارَ مَضْمُونًا بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ وَالْعَقْدُ ثَبَتَ في حَقِّ الْمَوْلَى وَالْمُكَاتَبِ لَا في حَقِّ الْعَاقِلَةِ وفي الْمَأْذُونِ عليه قِيمَتُهُ لِغُرَمَائِهِ إنْ كان له دَيْنٌ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغُرَمَاءِ بِمَالِيَّتِهِ وقد اسْتَهْلَكَ حَقَّهُمْ بِالْقَتْلِ بِاسْتِهْلَاكِ مَحَلِّ الْحَقِّ فَيَجِبُ عليه قِيمَتُهُ لِغُرَمَائِهِ وَتَكُونُ حَالَّةً في مَالِهِ لِأَنَّ هذا ليس ضَمَانَ النَّفْسِ لِأَنَّ نَفْسَهُ مِلْكُ الْمَوْلَى بَلْ هذا ضَمَانُ الْمَالِ لِتَعَلُّقِ الْغُرَمَاءُ بِمَالِيَّتِهِ فَكَانَ هذا ضَمَانَ الِاسْتِهْلَاكِ فَتَكُونُ في مَالِهِ حَالَّةً لَا مُؤَجَّلَةً كما لو اسْتَهْلَكَهُ بِالْإِعْتَاقِ
وَإِنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ لَا شَيْءَ فيه وَكَذَلِكَ إنْ قَتَلَهُ عَمْدًا وَكَذَلِكَ لو كان الْعَبْدُ جَنَى جِنَايَةً ثُمَّ وُجِدَ قَتِيلًا في دَارِ مَوْلَاهُ فَعَلَى الْمَوْلَى قِيمَتُهُ حَالَّةً وَكَذَلِكَ إنْ قَتَلَهُ خَطَأً وهو لَا يَعْلَمُ بِجِنَايَتِهِ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ وُجِدَ الْعَبْدُ الرَّهْنُ قَتِيلًا في دَارِ الرَّاهِنِ أو الْمُرْتَهِنِ فَإِنْ وُجِدَ قَتِيلًا في دَارِ الرَّاهِنِ فَلَا قَسَامَةَ وَالْقِيمَةُ على رَبِّ الدَّارِ دُونَ الْعَاقِلَةِ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ وَقَتْلُ الْإِنْسَانِ مِلْكَ نَفْسِهِ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ عليه وَإِنَّمَا وَجَبَ الضَّمَانُ بِعَقْدِ الرَّهْنِ وَالْعَقْدُ ثَبَتَ في حَقِّ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ لَا في حَقِّ الْعَاقِلَةِ فَلَا يَلْزَمُ حُكْمَهُ الْعَاقِلَةُ وَإِنْ وُجِدَ في دَارِ الْمُرْتَهِنِ فَالْقَسَامَةُ وَالْقِيمَةُ على عَاقِلَتِهِ لِأَنَّ هذا الضَّمَانَ لَا يَجِبُ بِالْعَقْدِ وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالْجِنَايَةِ لِأَنَّ وُجُودَهُ في دَارِهِ قَتِيلًا كَمُبَاشَرَةِ الْقَتْلِ منه كَعَبْدٍ ليس بِرَهْنٍ وُجِدَ في دَارِهِ قَتِيلًا وَثَمَّةَ الْقَسَامَةُ وَالْقِيمَةُ عليه
كَذَا هَهُنَا
وَأَمَّا بَيَانُ سَبَبِ وُجُوبِ الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ فَنَقُولُ سَبَبُ وُجُوبِهِمَا هو التَّقْصِيرُ في النُّصْرَةِ وَحِفْظُ الْمَوْضِعِ الذي وُجِدَ فيه الْقَتِيلُ مِمَّنْ وَجَبَ عليه النُّصْرَةُ
وَالْحِفْظُ لِأَنَّهُ إذَا وَجَبَ عليه الْحِفْظُ فلم يُحْفَظْ مع الْقُدْرَةِ على الْحِفْظِ صَارَ مُقَصِّرًا بِتَرْكِ الْحِفْظِ الْوَاجِبِ فَيُؤَاخَذُ بِالتَّقْصِيرِ زَجْرًا عن ذلك وَحَمْلًا على تَحْصِيلِ الْوَاجِبِ وَكُلُّ من كان أَخَصَّ بِالنُّصْرَةِ وَالْحِفْظ كان أَوْلَى بِتَحَمُّلِ الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ لِأَنَّهُ أَوْلَى بِالْحِفْظِ فَكَانَ التَّقْصِيرُ منه أَبْلَغَ وَلِأَنَّهُ إذَا اخْتَصَّ بِالْمَوْضِعِ مِلْكًا أو يَدًا بِالتَّصَرُّفِ كانت مَنْفَعَتُهُ له فَكَانَتْ النُّصْرَةُ عليه إذْ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ على لِسَانِ رسول اللَّهِ وقال تَبَارَكَ وَتَعَالَى { لها ما كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا ما اكْتَسَبَتْ } وَلِأَنَّ الْقَتِيلَ إذَا وُجِدَ في مَوْضِعٍ اُخْتُصَّ بِهِ وَاحِدٌ أو جَمَاعَةٌ إمَّا بِالْمِلْكِ أو بِالْيَدِ وهو التَّصَرُّفُ فيه فَيُتَّهَمُونَ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ فَالشَّرْعُ أَلْزَمَهُمْ الْقَسَامَةَ دَفْعًا لِلتُّهْمَةِ

---

وَالدِّيَةِ لِوُجُودِ الْقَتِيلِ بين أَظْهُرِهِمْ
وَإِلَى هذا الْمَعْنَى أَشَارَ سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنه حِينَمَا قِيلَ أَنَبْذُلُ أَمْوَالَنَا وَأَيْمَانَنَا فقال أَمَّا أَيْمَانُكُمْ فَلِحَقْنِ دِمَائِكُمْ وَأَمَّا أَمْوَالُكُمْ فَلِوُجُودِ الْقَتِيلِ بين أَظْهُرِكُمْ
وإذا عُرِفَ هذا فَنَقُولُ الْقَتِيلُ إذَا وُجِدَ في الْمَحَلَّةِ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على أَهْلِ الْمَحَلَّةِ لِلْأَحَادِيثِ وَإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ على ما ذَكَرْنَا وَلِأَنَّ حَفِظَ الْمَحَلَّةِ عليهم وَنَفْعُ وِلَايَةِ التَّصَرُّفِ في الْمَحَلَّةِ عَائِدٌ إلَيْهِمْ وَهُمْ الْمُتَّهَمُونَ في قَتْلِهِ فَكَانَتْ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عليهم
وَكَذَا إذَا وُجِدَ في مَسْجِدِ الْمَحَلَّةِ أو في طَرِيقِ الْمَحَلَّةِ لِمَا قُلْنَا فَيَحْلِفُ منهم خَمْسُونَ فَإِنْ لم يَكْمُلْ الْعَدَدُ خَمْسِينَ رَجُلًا تُكَرَّرُ الْأَيْمَانُ عليهم حتى تَكْمُلَ خَمْسِينَ يَمِينًا لِمَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنه أَنَّهُ حَلَّفَ رِجَالَ الْقَسَامَةِ فَكَانُوا تِسْعَةً وَأَرْبَعِينَ رَجُلًا فَأَخَذَ منهم وَاحِدًا وَكَرَّرَ عليه الْيَمِينَ حتى كَمُلَتْ خَمْسِينَ يَمِينًا وكان ذلك بِمَحْضَرِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ خَالَفَهُ أَحَدٌ فَيَكُونُ إجْمَاعًا وَلِأَنَّ هذه الْأَيْمَانَ حَقُّ وَلِيِّ الْقَتِيلِ فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهَا مِمَّنْ يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهَا منه فَإِنْ أَمْكَنَ الِاسْتِيفَاءُ من عَدَدِ الرِّجَالِ الْخَمْسِينَ اسْتَوْفَى وَإِنْ لم يُمْكِنْ يَسْتَوْفِي عَدَدَ الْأَيْمَانِ التي هِيَ حَقُّهُ
وَإِنْ كان الْعَدَدُ كَامِلًا فَأَرَادَ الْوَلِيُّ أَنْ يُكَرِّرَ الْيَمِينَ على بَعْضِهِمْ ليس له ذلك كَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ مَوْضُوعَ هذه الْأَيْمَانِ على عَدَدِ الْخَمْسِينَ في الْأَصْلِ لَا على وَاحِدٍ وَإِنَّمَا التَّكْرَارُ على وَاحِدٍ لِضَرُورَةِ نُقْصَانِ الْعَدَدِ وَلَا ضَرُورَةَ عِنْدَ الْكَمَالِ
وَإِنْ كان في الْمَحَلَّةِ قَبَائِلُ شَتَّى فَإِنْ كان فيها أَهْلُ الْخُطَّةِ وَالْمُشْتَرُونَ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على أَهْلِ الْخُطَّةِ ما بَقِيَ منهم وَاحِدٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عَلَيْهِمَا الرَّحْمَةُ وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ عليهم وَعَلَى الْمُشْتَرِينَ جميعا
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْوُجُوبَ على أَهْلِ الْخُطَّةِ بِاعْتِبَارِ الْمِلْكِ وَالْمِلْكُ ثَابِتٌ لِلْمُشْتَرِينَ وَلِهَذَا إذَا لم يَكُنْ من أَهْلِ الْخُطَّةِ أَحَدٌ كانت الْقَسَامَةُ على الْمُشْتَرِينَ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ أَهْلَ الْخُطَّةِ أُصُولٌ في الْمِلْكِ لِأَنَّ ابْتِدَاءَ الْمِلْكِ ثَبَتَ لهم وَإِنَّمَا انْتَقَلَ عَنْهُمْ إلَى الْمُشْتَرِينَ فَكَانُوا أَخَصَّ بِنُصْرَةِ الْمَحَلَّةِ وَحِفْظِهَا من الْمُشْتَرِينَ فَكَانُوا أَوْلَى بِإِيجَابِ الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ عليهم وكان الْمُشْتَرِي بَيْنَهُمْ كَالْأَجْنَبِيِّ فما بَقِيَ وَاحِدٌ منهم لَا يُنْتَقَلُ إلَى الْمُشْتَرِي
وَقِيلَ إنَّ أَبَا حَنِيفَةَ بَنَى الْجَوَابَ على ما شَاهَدَ بِالْكُوفَةِ وكان تَدْبِيرُ أَمْرِ الْمَحَلَّةِ فيها إلَى أَهْلِ الْخُطَّةِ وأبو يُوسُفَ رَأَى التَّدْبِيرَ إلَى الأشراف ( ( الأشرف ) ) ) من ( ( ( ومن ) ) ) أَهْلِ الْمَحَلَّةِ كَانُوا من أَهْلِ الْخُطَّةِ أو لَا فَبَنَى الْجَوَابَ على ذلك فَعَلَى هذا لم يَكُنْ بَيْنَهُمَا خِلَافٌ في الْحَقِيقَةِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَوَّلَ على مَعْنَى الْحِفْظِ وَالنُّصْرَةِ فَإِنْ فُقِدَ أَهْلُ الْخُطَّةِ وكان في الْمَحَلَّةِ مُلَّاكٌ وَسُكَّانٌ فَالدِّيَةُ على الْمُلَّاكِ لَا على السُّكَّانِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ عليهم جميعا له ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوْجَبَ الْقَسَامَةَ على أَهْلِ خَيْبَرَ وَكَانُوا سُكَّانًا وَلِأَنَّ لِلسَّاكِنِ اخْتِصَاصًا بِالدَّارِ يَدًا كما أَنَّ لِلْمَالِكِ اخْتِصَاصًا بها مِلْكًا وَيَدُ الْخُصُوصِ تَكْفِي لِوُجُوبِ الْقَسَامَةِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمَالِكَ أَخَصُّ بِحِفْظِ الْمَوْضِعِ وَنُصْرَتِهِ من السُّكَّانِ لِأَنَّ اخْتِصَاصَهُ اخْتِصَاصُ مِلْكٍ وإنه أَقْوَى من اخْتِصَاصِ الْيَدِ أَلَا يُرَى أَنَّ السُّكَّانَ يَسْكُنُونَ زَمَانًا ثُمَّ يَنْتَقِلُونَ
وَأَمَّا إيجَابُ الْقَسَامَةِ على يَهُودِ خَيْبَرَ فَمَمْنُوعٌ أَنَّهُمْ كَانُوا سُكَّانًا بَلْ كَانُوا مُلَّاكًا فإنه رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَقَرَّهُمْ على أَمْلَاكِهِمْ وَوَضَعَ الْجِزْيَةَ على

رؤوسهم وما كان يُؤْخَذُ منهم كان يُؤْخَذُ على وَجْهِ الْجِزْيَةِ لَا على سَبِيلِ الْأُجْرَةِ
وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ في سَفِينَةٍ فَإِنْ لم يَكُنْ مَعَهُمْ رُكَّابٌ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على أَرْبَابِ السَّفِينَةِ وَعَلَى من يَمُدُّهَا مِمَّنْ يَمْلِكُهَا أو لَا يَمْلِكُهَا وَإِنْ كان مَعَهُمْ فيها رُكَّابٌ فَعَلَيْهِمْ جميعا
وَهَذَا في الظَّاهِرِ يُؤَيِّدُ قَوْلَ أبي يُوسُفَ في إيجَابِهِ الْقَسَامَةَ وَالدِّيَةَ على الْمُلَّاكِ وَالسُّكَّانِ جميعا وأبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يُفَرِّقَانِ بين السَّفِينَةِ وَالْمَحَلَّةِ لِأَنَّ السَّفِينَةَ تَنْقُلُ وَتُحَوِّلُ من مَكَان إلَى مَكَان فَتُعْتَبَرُ فيها الْيَدُ دُونَ الْمِلْكِ كَالدَّابَّةِ إذَا وُجِدَ عليها قَتِيلٌ بِخِلَافِ الدَّارِ فَإِنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ النَّقْلَ وَالتَّحْوِيلَ فَيُعْتَبَرُ فيها الْمِلْكُ وَالتَّحْوِيلُ ما أَمْكَنَ لَا الْيَدُ وَكَذَلِكَ الْعَجَلَةُ حُكْمُهَا حُكْمُ السَّفِينَةِ لِأَنَّهَا تَنْقُلُ وَتُحَوِّلُ
وَلَوْ وُجِدَ الْقَتِيلُ معه رَجُلٌ يَحْمِلُهُ على ظَهْرِهِ فَعَلَيْهِ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ لِأَنَّ الْقَتِيلَ في يَدِهِ
وَلَوْ وُجِدَ جَرِيحٌ معه بِهِ رَمَقٌ يَحْمِلُهُ حتى أتى بِهِ أَهْلَهُ فَمَكَثَ يَوْمًا أو يَوْمَيْنِ ثُمَّ مَاتَ لَا يَضْمَنُ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وقال أبو يُوسُفَ وفي قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه يَضْمَنُ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْحَامِلَ قد ثَبَتَتْ يَدُهُ عليه مَجْرُوحًا فإذا مَاتَ من الْجُرْحِ فَكَأَنَّهُ مَاتَ في يَدِهِ وَهَذَا تَفْرِيعٌ على من جُرِحَ في قَبِيلَةٍ فَتَحَامَلَ إلَى قَبِيلَةٍ أُخْرَى

---

(7/291)

---

فَمَاتَ فِيهِمْ وقد ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ
وَكَذَلِكَ إذَا كان على دَابَّةٍ وَلَهَا سَائِقٌ أو قَائِدٌ أو عليها رَاكِبٌ فَعَلَيْهِ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ لِأَنَّهُ في يَدِهِ وَإِنْ اجْتَمَعَ السَّائِقُ وَالْقَائِدُ وَالرَّاكِبُ فَعَلَيْهِمْ جميعا لِأَنَّ الْقَتِيلَ في أَيْدِيهِمْ فَصَارَ كَأَنَّهُ وُجِدَ في دَارِهِمْ وَإِنْ وُجِدَ على دَابَّةٍ لَا سَائِقَ لها وَلَا قَائِدَ وَلَا رَاكِبَ عليها فَإِنْ كان ذلك الْمَوْضِعُ مِلْكًا لِأَحَدٍ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على الْمَالِكِ وَإِنْ كان لَا مَالِكَ له فَعَلَى أَقْرَبِ الْمَوَاضِعِ إلَيْهِ من حَيْثُ يُسْمَعُ الصَّوْتُ من الْأَمْصَارِ وَالْقُرَى وَإِنْ كان بِحَيْثُ لَا يُسْمَعُ فَهُوَ هَدَرٌ لِمَا قُلْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ فَإِنْ وُجِدَتْ الدَّابَّةُ في مَحَلَّةٍ فَعَلَى أَهْلِ تِلْكَ الْمَحَلَّةِ وَكَذَلِكَ إذَا وُجِدَ في فَلَاةٍ من الْأَرْضِ أَنَّهُ يُنْظَرُ إنْ كان ذلك الْمَكَانُ الذي وُجِدَ فيه مِلْكًا لِإِنْسَانٍ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عليه وَإِنْ لم يَكُنْ له مَالِكٌ فَعَلَى أَقْرَبِ الْمَوَاضِعِ إلَيْهِ من الْأَمْصَارِ وَالْقُرَى إذَا كانت بِحَيْثُ يَبْلُغُ الصَّوْتُ منها إلَيْهِ فَإِنْ كان بِحَيْثُ لَا يَبْلُغُ فَهُوَ هَدَرٌ لِمَا قُلْنَا
وَذُكِرَ في الْأَصْلِ في قَتِيلٍ وُجِدَ بين قَرْيَتَيْنِ أَنَّهُ يُضَاف إلَى أَقْرَبِهِمَا لِمَا رُوِيَ عن أبي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ بِأَنْ يُوَزَّعَ بين قَرْيَتَيْنِ في قَتِيلٍ وُجِدَ بَيْنَهُمَا
وَكَذَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه في قَتِيلٍ وُجِدَ بين وادعة
( ( ( وداعة ) ) ) وَأَرْحَبَ وَكَتَبَ إلَيْهِ عَامِلُهُ بِذَلِكَ فَكَتَبَ إلَيْهِ سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه أَنْ قِسْ بين الْقَرْيَتَيْنِ فَأَيُّهُمَا كان أَقْرَبَ فَأَلْزِمْهُمْ فَوَجَدَ الْقَتِيلَ إلَى وادعة ( ( ( وداعة ) ) ) أَقْرَبَ فَأَلْزِمُوا الْقَسَامَةَ وَالدِّيَةَ وَذَلِكَ كُلُّهُ مَحْمُولٌ

على ما إذَا كان بِحَيْثُ يَبْلُغُ الصَّوْتُ إلَى الْمَوْضِعِ الذي وُجِدَ فيه الْقَتِيلُ كَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الْأَصْلِ حَكَاهُ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْفِقْهُ ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ
وَكَذَا إذَا وُجِدَ بين سِكَّتَيْنِ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على أَقْرَبِهِمَا
فَإِنْ وُجِدَ في الْمُعَسْكَرِ في فَلَاةٍ من الْأَرْضِ فَإِنْ كانت الْأَرْضُ التي وُجِدَ فيها لها أَرْبَابٌ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على أَرْبَابِ الْأَرْضِ لِأَنَّهُمْ أَخَصُّ بِنُصْرَةِ الْمَوْضِعِ وَحِفْظِهِ فَكَانُوا أَوْلَى بِإِيجَابِ الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ عليهم وَهَذَا على أَصْلِهِمَا لِأَنَّ الْمُعَسْكَرَ كَالسُّكَّانِ وَالْقَسَامَةُ على الْمُلَّاكِ لَا على السُّكَّانِ على أَصْلِهِمَا
فَأَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عليهم جميعا وَإِنْ يَكُنْ في مِلْكِ أَحَدٍ بِأَنْ وُجِدَ في خِبَاءٍ أو فُسْطَاطٍ فَعَلَى من يَسْكُنْ الْخِبَاءَ وَالْفُسْطَاطَ وَعَلَى عَوَاقِلِهِمْ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ لِأَنَّ صَاحِبَ الْخَيْمَةِ خُصَّ بِمَوْضِعِ الْخَيْمَةِ من أَهْلِ الْعَسْكَرِ بِمَنْزِلَةِ صَاحِبِ الدَّارِ مع أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ثُمَّ الْقَسَامَةُ على صَاحِبِ الدَّارِ إذَا وُجِدَ فيها قَتِيلٌ لَا على أَهْلِ الْمَحَلَّةِ كَذَا هَهُنَا
وَإِنْ وُجِدَ خَارِجًا من الْفُسْطَاطِ وَالْخِبَاءِ فَعَلَى أَقْرَبِ الْأَخْبِيَةِ وَالْفَسَاطِيطِ منهم الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ
كَذَا ذُكِرَ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ الْأَقْرَبَ أَوْلَى بِإِيجَابِ الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ لِمَا ذَكَرْنَا

وَعَنْ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه إذَا وُجِدَ بين الْخِيَامِ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على جَمَاعَتِهِمْ كَالْقَتِيلِ يُوجَدُ في الْمَحَلَّةِ جَعَلَ الْخِيَامَ الْمَحْمُولَةَ كَالْمَحَلَّةِ على هذه الرِّوَايَةِ
هذا إذَا لم يَكُنْ الْعَسْكَرُ لَقُوا عَدُوًّا فَإِنْ كَانُوا قد لَقُوا عَدُوًّا فَقَاتَلُوا فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ في قَتِيلٍ يُوجَدُ بين أَظْهُرِهِمْ لِأَنَّهُمْ إذَا لَقُوا عَدُوًّا وَقَاتَلُوا فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْعَدُوَّ قَتَلَهُ لَا الْمُسْلِمُونَ إذْ الْمُسْلِمُونَ لَا يَقْتُلُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا
وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ في أَرْضِ رَجُلٍ إلَى جَانِبِ قَرْيَةٍ ليس صَاحِبُ الْأَرْضِ من أَهْلِ الْقَرْيَةِ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على صَاحِبِ الْأَرْضِ لَا على أَهْلِ الْقَرْيَةِ لِأَنَّ صَاحِبَ الْأَرْضِ أَخَصُّ بِنُصْرَةِ أَرْضِهِ وَحِفْظِهَا من أَهْلِ الْقَرْيَةِ فَكَانَ أَوْلَى بِإِيجَابِ الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ عليه كَصَاحِبِ الدَّارِ مع أَهْلِ الْمَحَلَّةِ
ولو وُجِدَ قَتِيلٌ في دَارِ إنْسَانٍ وَصَاحِبُ الدَّارِ من أَهْلِ الْقَسَامَةِ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على صَاحِبِ الدَّارِ وَعَلَى عَاقِلَتِهِ
كَذَا ذُكِرَ في الْأَصْلِ ولم يَفْصِلْ بين ما إذَا كانت الْعَاقِلَةُ حُضُورًا أو غُيَّبًا
وَذُكِرَ في اخْتِلَافِ زُفَرَ وَيَعْقُوبَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ الْقَسَامَةَ على رَبِّ الدَّارِ وَعَلَى عَاقِلَتِهِ حُضُورًا كَانُوا أو غُيَّبًا
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا قَسَامَةَ على الْعَاقِلَةِ
هَكَذَا ذَكَرَ فيه
وقال الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ كانت الْعَاقِلَةُ حُضُورًا في الْمِصْرِ دَخَلُوا في الْقَسَامَةِ وَإِنْ كانت غَائِبَةً فَالْقَسَامَةُ على صَاحِبِ الدَّارِ تُكَرَّرُ عليه الْأَيْمَانُ وَالدِّيَةُ عليه وَعَلَى عَاقِلَتِهِ
أَمَّا دُخُولُ الْعَاقِلَةِ في الْقَسَامَةِ إذَا كَانُوا حُضُورًا فَهُوَ قَوْلُهُمَا وَظَاهِرُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ لَا قَسَامَةَ على الْعَاقِلَةِ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَدْخُلُوا في الْقَسَامَةِ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَمَّا لَزِمَتْهُمْ الدِّيَةُ لَزِمَتْهُمْ الْقَسَامَةُ كَأَهْلِ الْمَحَلَّةِ وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ صَاحِبَ الدَّارِ أَخَصُّ بِالنُّصْرَةِ وَبِالْوِلَايَةِ وَالتُّهْمَةِ فَلَا يشارك ( ( ( يشاركه ) ) ) الْعَاقِلَةُ كما لَا يُشَارِكُ أَهْلَ الْمَحَلَّةِ غَيْرُهُمْ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْعَاقِلَةَ إذَا كَانُوا حُضُورًا يَلْزَمُهُمْ حِفْظُ الدَّارِ وَنُصْرَتُهَا كما يَلْزَمُ صَاحِبُ الدَّارِ
وَكَذَا يُتَّهَمُونَ بِالْقَتْلِ كما يُتَّهَمُ صَاحِبُ الدَّارِ فَقَدْ شاركوه ( ( ( شاركوا ) ) )

فَيُشَارِكُونَهُ في الْقَسَامَةِ أَيْضًا وَبِهَذَا يَقَعُ الْفَرْقُ بين حَالِ الْحُضُورِ وَالْغَيْبَةِ على ما ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ مَعْنَى التُّهْمَةِ ظَاهِرُ الِانْتِفَاءِ من الْغَيْبِ
وَكَذَا مَعْنَى النُّصْرَةِ لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُ ذلك الْمَوْضِعَ نُصْرَةٌ من جِهَتِهِمْ إلى أَنَّهُ تَجِبُ عليهم الدِّيَةُ لِأَنَّ وُجُوبَ الدِّيَةَ على الْعَاقِلَةِ لَا يَتَعَلَّقُ بِالتُّهْمَةِ فَإِنَّهُمْ يَتَحَمَّلُونَ عن الْقَاتِلِ الْمُعَيَّنِ إذَا كان صَبِيًّا أو مَجْنُونًا أو خَاطِئًا وَسَوَاءٌ كانت الدَّارُ فيها سَاكِنٌ أو كانت مُفَرَّغَةٌ مُغْلَقَةٌ فَوُجِدَ فيها قَتِيلٌ فَعَلَى رَبِّ الدَّارِ وَعَلَى عَاقِلَتِهِ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ
أما على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رضي اللَّهُ عنهما فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُمَا يَعْتَبِرَانِ الْمِلْكَ دُونَ السُّكْنَى فَكَانَ وُجُودُ السُّكْنَى فيها وَالْعَدَمُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ
وَأَمَّا أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّمَا يُوجِبُ على السَّاكِنِ لِاخْتِصَاصِهِ بِالدَّارِ يَدًا ولم يُوجَدْ هَهُنَا وَسَوَاءٌ كان الْمِلْكُ الذي وُجِدَ فيه الْقَتِيلُ خَاصًّا أو مُشْتَرَكًا
فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على أَرْبَابِ الْمِلْكِ لِمَا قُلْنَا وَسَوَاءٌ اتَّفَقَ قَدْرُ أَنْصِبَاءِ الشُّرَكَاءِ أو اخْتَلَفَ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ بَيْنَهُمْ بِالسَّوِيَّةِ حتى لو كانت الدَّارُ بين رَجُلَيْنِ لِأَحَدِهِمَا الثُّلُثَانِ وَلِلْآخِرِ الثُّلُثُ فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِمَا وَعَلَى عَاقِلَتِهِمَا نِصْفَانِ وَيُعْتَبَرُ في ذلك عَدَدُ الرؤوس لَا قَدْرُ الْأَنْصِبَاءِ كما في الشُّفْعَةِ لِأَنَّ حِفْظَ الدَّارِ وَاجِبٌ على كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَالْحِفْظُ لَا يَخْتَلِفُ وَلِهَذَا تَسَاوَيَا في اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ لِدَفْعِ ضَرَرِ الدَّخِيلِ وَإِنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ قَدْرِ الْمِلْكِ
وَذُكِرَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فِيمَنْ بَاعَ دَارًا ووجد فيها قَتِيلٌ قبل أَنْ يَقْبِضَهَا الْمُشْتَرِي أَنَّ الْقَسَامَةَ وَالدِّيَةَ على الْبَائِعِ إذَا لم يَكُنْ في الْبَيْعِ خِيَارٌ فَإِنْ كان فيه خِيَارٌ فَعَلَى من الدَّارُ في يَدِهِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ الدِّيَةُ على مَالِكِ الدَّارِ إنْ لم يَكُنْ في الْبَيْعِ خِيَارٌ فَإِنْ كان فيه خِيَارٌ فَعَلَى من تَصِيرُ الدَّارَ له
وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ الدِّيَةُ على الْمُشْتَرِي إلَّا أَنْ يَكُونَ لِلْبَائِعِ خِيَارٌ فَتَكُونَ الدِّيَةُ عليه
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ الْمِلْكَ لِلْمُشْتَرِي إذَا لم يَكُنْ فيه خِيَارٌ
وَكَذَا إذَا كان الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي لَا يَمْنَعُ دُخُولَ الْمَبِيعِ في مِلْكِهِ عِنْدَهُ فإذا كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَالْمِلْكُ له لِأَنَّ خِيَارَهُ يَمْنَعُ زَوَالَ الْمَبِيعِ عن مِلْكِهِ بِلَا خِلَافٍ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ فيه خِيَارٌ فَالْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي وَإِنَّمَا لِلْبَائِعِ صُورَةُ يَدٍ من غَيْرِ تَصَرُّفٍ وَصُورَةُ الْيَدِ لَا مَدْخَلَ لها في الْقَسَامَةِ كَيَدِ الْمُودِعِ فَكَانَتْ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على الْمُشْتَرِي وإذا كان فيه خِيَارٌ فَعَلَى من تَصِيرُ الدَّارَ له لِأَنَّهَا إذَا صَارَتْ لِلْبَائِعِ فَقَدْ انْفَسَخَ الْبَيْعُ وَجُعِلَ كَأَنَّهُ لم يَكُنْ وَإِنْ صَارَتْ لِلْمُشْتَرِي فَقَدْ انْبَرَمَ الْبَيْعَ وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ مَلَكَهَا بِالْعَقْدِ من حِينِ وُجُودِهِ
وَأَمَّا تَصْحِيحُ مَذْهَبِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه فَمُشْكِلٌ من حَيْثُ الظَّاهِرُ لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ الْمِلْكَ فِيمَا يَحْتَمِلُ النَّقْلَ وَالتَّحْوِيلَ لَا الْيَدَ وَإِنْ كانت الْيَدُ يَدَ تَصَرُّفٍ كَيَدِ السَّاكِنِ وَالثَّابِتُ لِلْبَائِعِ صُورَةُ يَدٍ من غَيْرِ تَصَرُّفٍ فَأَوْلَى أَنْ لَا يَعْتَبِرَهُ لَكِنْ لَا إشْكَالَ في الْحَقِيقَةِ لِأَنَّ الْوُجُوبَ بِتَرْكِ الْحِفْظِ وَالْحِفْظُ بِالْيَدِ حَقِيقَةً إلَّا أَنَّهُ

يُضَافُ الْحِفْظُ إلَى الْمِلْكِ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْيَدِ بِهِ عَادَةً فَيُقَامُ مَقَامَ الْيَدِ فكان ( ( ( فكانت ) ) ) الْإِضَافَةُ إلَى ما بِهِ حَقِيقَةُ الْحِفْظِ أَوْلَى إلَّا أَنَّ مُطْلَقَ الْيَدِ لَا يُعْتَبَرُ بَلْ الْيَدُ الْمُسْتَحَقَّةُ بِالْمِلْكِ وَهَذِهِ يَدٌ مُسْتَحَقَّةٌ بِالْمِلْكِ بِخِلَافِ يَدِ السَّاكِنِ

وإذا وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا في دَارِ نَفْسِهِ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على عَاقِلَتِهِ لِوَرَثَتِهِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وفي قَوْلِهِمَا رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا شَيْءَ فيه وهو قَوْلُ زُفَرَ وَالْحَسَنِ بن زِيَادٍ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ مِثْلُ قَوْلِهِمْ

وَجْهُ قَوْلِهِمْ أَنَّ الْقَتْلَ صَادَفَهُ وَالدَّارُ مِلْكُهُ وَإِنَّمَا صَارَ مِلْكَ الْوَرَثَةِ عِنْدَ الْمَوْتِ وَالْمَوْتُ ليس بِقَتْلٍ لِأَنَّ الْقَتْلَ فِعْلُ الْقَاتِلِ وَلَا صُنْعَ لِأَحَدٍ في الْمَوْتِ بَلْ هو من صُنْعِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فلم يُقْتَلْ من مِلْكِ الْوَرَثَةِ فَلَا سَبِيلَ إلَى إيجَابِ الضَّمَانِ على الْوَرَثَةِ وَعَوَاقِلِهِمْ وَلِأَنَّ وُجُودَهُ قَتِيلًا في دَارِ نَفْسِهِ بِمَنْزِلَةِ مُبَاشَرَةِ الْقَتْلِ بِنَفْسِهِ كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ بِنَفْسِهِ فَيَكُونُ هَدَرًا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ الْمُعْتَبَرَ في الْقَسَامَةِ وَقْتَ ظُهُورِ الْقَتِيلِ لَا وَقْتَ وُجُودِ الْقَتْلِ بِدَلِيلِ أَنْ من مَاتَ قبل ذلك لَا يَدْخُلُ في الدِّيَةِ وَالدَّارُ وَقْتَ ظُهُورِ الْقَتِيلِ لِوَرَثَتِهِ فَكَانَتْ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عليهم وَعَلَى عَوَاقِلِهِمْ تَجِبُ كما لو وَجَدَ قَتِيلًا في دَارِ ابْنِهِ

فَإِنْ قِيلَ كَيْفَ تَجِبُ الدِّيَةُ عليهم وَعَلَى عَوَاقِلِهِمْ وَأَنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ لهم فَكَيْفَ تَجِبُ لهم وَعَلَيْهِمْ وَكَذَا عَاقِلَتُهُمْ تَتَحَمَّلُ عَنْهُمْ لهم أَيْضًا وَفِيهِ إيجَابٌ لهم أَيْضًا وَعَلَيْهِمْ وَهَذَا مُمْتَنِعٌ

فَالْجَوَابُ مَمْنُوعٌ أَنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ لهم بَلْ لِلْقَتِيلِ لِأَنَّهَا بَدَلُ نَفْسِهِ فَتَكُونُ له وَبِدَلِيلِ أَنَّهُ يُجَهَّزُ منها وَتُقْضَى منها دُيُونَهُ وَتُنَفَّذُ منها وَصَايَاهُ ثُمَّ ما فَضَلَ عن حَاجَتِهِ تَسْتَحِقُّهُ وَرَثَتُهُ لِاسْتِغْنَاءِ الْمَيِّتِ عنه وَالْوَرَثَةُ أَقْرَبُ الناس إلَيْهِ وَصَارَ كما لو وُجِدَ الْأَبُ قَتِيلًا في دَارِ ابْنِهِ أو في بِئْرٍ حَفَرَهَا ابْنُهُ أَلَيْسَ أَنَّهُ تَجِبُ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ على الِابْنِ وَعَلَى عَاقِلَتِهِ وَلَا

---



---

يَمْتَنِعُ ذلك لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا

وَإِنْ اعْتَبَرْنَا وَقْتَ وُجُودِ الْقَتْلِ فَهُوَ مُمْكِنٌ أَيْضًا لِأَنَّهُ تَجِبُ على عَاقِلَتِهِ لِتَقْصِيرِهِمْ في حِفْظِ الدَّارِ فَتَجِبُ عليهم الدِّيَةُ حَقًّا لِلْمَقْتُولِ ثُمَّ تَنْتَقِلُ منه إلَى وَرَثَتِهِ عِنْدَ فَرَاغِهِ عن حَاجَتِهِ

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ إذَا وُجِدَ ابن الرَّجُلِ أو أَخُوهُ قَتِيلًا في دَارِهِ أَنَّ على عَاقِلَتِهِ دِيَةَ ابْنِهِ وَدِيَةَ أَخِيهِ وَإِنْ كان هو وَارِثَهُ لِمَا قُلْنَا أَن وُجُودَ الْقَتِيلِ في الدَّارِ كَمُبَاشَرَةِ صَاحِبِهَا الْقَتْلَ فَيَلْزَمُ عَاقِلَتَهُ ذلك لِلْمَقْتُولِ ثُمَّ يَسْتَحِقُّهَا صَاحِبُ الدَّارِ بِالْإِرْثِ

وَلَوْ وُجِدَ مُكَاتَبٌ قَتِيلًا في دَارِ نَفْسِهِ فَدَمُهُ هَدَرٌ لِأَنَّ دَارَهُ في وَقْتِ ظُهُورِ الْقَتِيلِ لَيْسَتْ لِوَرَثَتِهِ بَلْ هِيَ على حُكْمِ مِلْكِ نَفْسِهِ إلَى أَنْ يُؤَدِّيَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قتيل ( ( ( قتل ) ) ) نَفْسَهُ فَهَدَرَ دَمُهُ

رَجُلَانِ كَانَا في بَيْتٍ ليس مَعَهُمَا ثَالِثٌ وُجِدَ أَحَدُهُمَا مَذْبُوحًا

قال أبو يُوسُفَ يَضْمَنُ الْآخَرُ الدِّيَةَ وقال مُحَمَّدٌ لَا ضَمَانَ عليه

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ قَتَلَهُ صَاحِبُهُ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِالشَّكِّ وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ قَتَلَهُ صَاحِبُهُ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَقْتُلُ نَفْسَهُ ظَاهِرًا وَغَالِبًا وَاحْتِمَالُ خِلَافِ الظَّاهِرِ مُلْحَقٌ بِالْعَدَمِ أَلَا تَرَى أَنَّ مِثْلَ هذا

الِاحْتِمَالِ ثَابِتٌ في قَتِيلِ الْمَحَلَّةِ ولم يُعْتَبَرْ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ من يَدْخُلُ في الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ بَعْدَ وُجُوبِهِمَا وَمَنْ لَا يَدْخُلُ في ذلك فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقِ الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ لَا يَدْخُلَانِ في الْقَسَامَةِ في أَيِّ مَوْضِعٍ وُجِدَ الْقَتِيلُ سَوَاءٌ وُجِدَ في غَيْرِ مِلْكِهِمَا أو في مِلْكِهِمَا لِأَنَّ الْقَسَامَةَ يَمِينٌ وَهُمَا لَيْسَا مِن أَهْلِ اليمين ( ( ( اليمن ) ) ) وَلِهَذَا لَا يُسْتَحْلَفَانِ في سَائِرِ الدعاوي وَلِأَنَّ الْقَسَامَةَ تَجِبُ على من هو من أَهْلِ النُّصْرَةِ وَهُمَا لَيْسَا من أَهْلِ النُّصْرَةِ فَلَا تَجِبُ الْقَسَامَةُ عَلَيْهِمَا وَتَجِبُ على عَاقِلَتِهِمَا إذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ في مِلْكِهِمَا لِتَقْصِيرِهِمْ بِتَرْكِ النُّصْرَةِ اللَّازِمَةِ وَهَلْ يَدْخُلَانِ في الدِّيَةِ مع الْعَاقِلَةِ فَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ في غَيْرِ مِلْكِهِمَا كَالْمَحَلَّةِ وَمِلْكِ إنْسَانٍ لَا يَدْخُلَانِ فيها وَإِنْ وُجِدَ في مِلْكِهِمَا يَدْخُلَانِ لِأَنَّ وُجُودَ الْقَتِيلِ في مِلْكِهِمَا كَمُبَاشَرَتِهِمَا الْقَتْلَ وَهُمَا مُؤَاخَذَانِ بِضَمَانِ الْأَفْعَالِ

وَعَلَى قِيَاسِ ما ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَدْخُلَانِ في الدِّيَةِ مع الْعَاقِلَةِ أَصْلًا لَكِنَّهُ لَيس بِسَدِيدٍ لِأَنَّ هذا ضَمَانُ الْقَتْلِ وَالْقَتْلُ فِعْلٌ وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ مُؤَاخَذَانِ بِأَفْعَالِهِمَا وَلَا يَدْخُلُ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ وَالْمُدَبَّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ في الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ لَا يُسْتَنْصَرُ بِهِمْ عَادَةً وَلَيْسُوا من أَهْلِ مِلْكِ الْمَالِ أَيْضًا فَلَا تَلْزَمُهُمْ الدِّيَةَ

وَأَمَّا الْمَأْذُونُ وَالْمُكَاتَبُ فَلَا يَدْخُلَانِ في قَسَامَةٍ وَجَبَتْ في قَتِيلٍ وُجِدَ في غَيْرِ دَارِهِمَا وَإِنْ وُجِدَ في دَارِهِمَا

أَمَّا الْمَأْذُونُ إنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ فَلَا قَسَامَةَ عليه بَلْ على مَوْلَاهُ وَعَاقِلَتَهُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ تَجِبَ عليه الْقَسَامَةُ وإذا حَلَفَ يُخَاطَبُ الْمَوْلَى بِالدَّفْعِ أو النداء ( ( ( الفداء ) ) )

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْعَبْدَ من أَهْلِ الْيَمِينِ

أَلَا ترى ( ( ( يرى ) ) ) أَنَّهُ يُسْتَحْلَفُ في الدعاوي وَوُجُودُ الْقَتِيلِ في دَارِهِ بِمَنْزِلَةِ مُبَاشَرَةِ الْقَتْلِ خَطَأً

وَإِنْ قَتَلَهُ خَطَأً يُخَيَّرُ الْمَوْلَى بين الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ كَذَا هذا

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ فَائِدَةَ الِاسْتِحْلَافِ جَرَيَانُ الْقَسَامَةِ لِسَبَبٍ هو النُّكُولُ لِأَنَّهُ لَا يقضي بِالنُّكُولِ في هذا الْبَابِ بَلْ يُحْبَسُ حتى يَحْلِفَ أو يُقِرَّ وَلَوْ قر ( ( ( أقر ) ) ) بِالْقَتْلِ خَطَأً لَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ لِأَنَّهُ إقْرَارٌ على مَوْلَاهُ فلم يَكُنْ الِاسْتِحْلَافُ مُفِيدًا فَلَا تَجِبُ عليه الْقَسَامَةُ وَتَجِبُ على الْمَوْلَى وَعَلَى عَاقِلَتِهِ لِأَنَّ الْمِلْكَ له وَإِنْ كان عليه دَيْنٌ فَيَنْبَغِي في قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أنه تَجِبُ الْقَسَامَةُ على الْعَبْدِ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ كَسْبَ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ عِنْدَهُ فَلَا يَمْلِكُ الدَّارَ وفي الِاسْتِحْسَانِ تَجِبُ على الْمَوْلَى لِأَنَّ الْمَوْلَى إنْ كان لَا يَمْلِكُهَا فَالْغُرَمَاءُ لَا يَمْلِكُونَهَا أَيْضًا وَالْعَبْدُ لَا مِلْكَ له وَالْمَوْلَى أَقْرَبُ الناس إلَيْهِ فَكَانَتْ الْقَسَامَةُ عليه مع ما أَنَّ لِلْمَوْلَى حَقًّا في الدَّارِ وهو حَقُّ اسْتِخْلَاصِهَا لِنَفْسِهِ بِقَضَاءِ دَيْنِ الْغُرَمَاءِ فَكَانَ أَوْلَى بِإِيجَابِ الْقَسَامَةِ

وَأَمَّا الْمُكَاتَبُ إذَا وَجَدَ قَتِيلًا في دَارِهِ فَعَلَيْهِ الْأَقَلُّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّارِ لِأَنَّ وُجُودَ التقيل ( ( ( القتيل ) ) ) في دَارِهِ كَمُبَاشَرَتِهِ القتيل ( ( ( القتل ) ) ) فَلَا يَكُونُ على مَوْلَاهُ كما لَا يَكُونُ عليه في مُبَاشَرَتِهِ

وَهَلْ تَجِبُ عليه الْقَسَامَةُ ذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ يُكَرَّرُ عليه الْأَيْمَانُ فَإِنْ حَلَفَ يَجِبُ عليه الْأَقَلُّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ الدِّيَةِ إلَّا قَدْرَ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ لِأَنَّ عَاقِلَةَ الْمُكَاتَبِ نَفْسُهُ وَتَكُونُ الْقِيمَةُ حَالَّةً لِأَنَّهَا تَجِبُ بِالْمَنْعِ من الدَّفْعِ فَتَكُونُ حَالَّةً كما تَجِبُ على الْمَوْلَى بِجِنَايَةِ الْمُدَبَّرِ

وَلَوْ كان الْقَتِيلُ مولى الْمُكَاتَبِ كان عليه الْأَقَلُّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ الدِّيَةِ لِأَنَّ وُجُودَ الْقَتِيلِ في دَارِهِ كمباشرة ( ( ( كمباشرته ) ) ) الْقَتْلُ وَتَكُونُ الْقِيمَةُ حَالَّةً لَا مُؤَجَّلَةً لِمَا قُلْنَا
وَلَا تَدْخُلُ الْمَرْأَةُ في الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ في قَتِيلٍ يُوجَدُ في غَيْرِ مِلْكِهَا لِأَنَّ وُجُوبَهُمَا بِطَرِيقِ النُّصْرَةِ وَهِيَ لَيْسَتْ من أَهْلِهَا
وَإِنْ وُجِدَ في دَارِهَا أو في قَرْيَةٍ لها لَا يَكُونُ بها غَيْرُهَا عليها الْقَسَامَةُ فَتُسْتَحْلَفُ

---



---

وَيُكَرَّرُ عليها الْأَيْمَانُ وَهَذَا قَوْلُهُمَا وقال أبو يُوسُفَ عليها لَا علي عَاقِلَتِهَا وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ لُزُومَ الْقَسَامَةِ لِلُزُومِ النُّصْرَةِ وَهِيَ لَيْسَتْ من أَهْلِ النُّصْرَةِ فَلَا تَدْخُلُ في الْقَسَامَةِ
وَلِهَذَا لم تَدْخُلْ مع أَهْلِ الْمَحَلَّةِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ على الْمَالِكِ هو الْمِلْكُ مع أَهْلِيَّةِ الْقَسَامَةِ وقد وُجِدَ في حَقِّهَا
أَمَّا الْمِلْكُ فَثَابِتٌ لها وَأَمَّا الْأَهْلِيَّةُ فَلِأَنَّ الْقَسَامَةَ يَمِينٌ وإنها من أَهْلِ الْيَمِينِ أَلَا يرى أنها تُسْتَحْلَفُ في سَائِرِ الْحُقُوقِ وَمَعْنَى النُّصْرَةِ يُرَاعَى وُجُودُهُ في الْجُمْلَةِ لَا في كل فَرْدٍ كَالْمَشَقَّةِ في السَّفَرِ
وَهَلْ تَدْخُلُ مع الْعَاقِلَةِ في الدِّيَةِ ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ ما يَدُلُّ على أنها لَا تَدْخُلُ فإنه قال لَا يَدْخُلُ الْقَاتِلَ في التَّحَمُّلِ إلَّا أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَاقِلًا بَالِغًا فإذا لم تَدْخُلْ عِنْدَ وُجُودِ الْقَتْلِ منها عَيْنًا فَهَهُنَا أَوْلَى
وَأَصْحَابُنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ قالوا إنَّ الْمَرْأَةَ تَدْخُلُ مع الْعَاقِلَةِ في الدِّيَةِ في هذه الْمَسْأَلَةِ وَأَنْكَرُوا على الطَّحَاوِيِّ قَوْلَهُ وَقَالُوا إنَّ الْقَاتِلَ يَدْخُلُ في الدِّيَةِ بِكُلِّ حَالٍ
وَيَدْخُلُ في الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ الْأَعْمَى وَالْمَحْدُودُ في الْقَذْفِ وَالْكَافِرُ لِأَنَّهُمْ من أَهْلِ الِاسْتِحْلَافِ وَالْحِفْظِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

فصل وَأَمَّا ما يَكُونُ إبْرَاءً عن الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ فَنَوْعَانِ نَصٌّ وَدَلَالَةٌ
أَمَّا النَّصُّ فَهُوَ التَّصْرِيحُ بِلَفْظِ الْإِبْرَاءِ وما يَجْرِي مَجْرَاهُ كَقَوْلِهِ أَبْرَأْتُ أو أَسْقَطْتُ أو عَفَوْتُ وَنَحْوِ ذلك لِأَنَّ رُكْنَ الْإِبْرَاءِ صَدَرَ مِمَّنْ هو من أَهْلِ الابراء في مَحِلٍّ قَابِلٍ لِلْبَرَاءَةِ فَيَصِحُّ
وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَهِيَ أَنْ يَدَّعِيَ وَلِيُّ الْقَتِيلِ على رَجُلٍ من غَيْرِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ فَيَبْرَأُ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ عن الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ لِأَنَّ ظُهُورَ الْقَتِيلِ في الْمَحَلَّةِ لم يَدُلَّ على كَوْنِ هذا الْمُدَّعَى عليه قَاتِلًا فَإِقْدَامُ الْوَلِيِّ على الدَّعْوَى عليه يَكُونُ نَفْيًا لِلْقَتْلِ عن أَهْلِ الْمَحَلَّةِ فَيَتَضَمَّنُ بَرَاءَتَهُمْ عن الْقَسَامَةِ وَالدِّيَةِ فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على الْمُدَّعَى عليه وَإِلَّا حَلَفَ فَإِنْ حَلَفَ برىء وَإِنْ نَكَلَ حُبِسَ حتى يَحْلِفَ أو يُقِرَّ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يقضي بِالدِّيَةِ
وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ من أَهْلِ الْمَحَلَّةِ لِلْوَلِيِّ بِهَذِهِ الدَّعْوَى لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمَانِعَ من الْقَبُولِ قبل الدَّعْوَى كانت التُّهْمَةُ وقد زَالَتْ

بِالْبَرَاءَةِ فَلَا مَعْنَى لِرَدِّ الشَّهَادَةِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ تَمَكَّنَتْ التُّهْمَةُ في شَهَادَتِهِمْ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ من الْجَائِزِ أَنَّهُ أَبْرَأَهُمْ لِيُتَوَسَّلَ بِالْإِبْرَاءِ إلَى تَصْحِيحِ شَهَادَتِهِمْ
وَالثَّانِي أَنَّهُ أَحْسَنَ إلَيْهِمْ بِالْإِبْرَاءِ حَيْثُ أَسْقَطَ الْقَسَامَةَ وَالدِّيَةَ عَنْهُمْ فَمِنْ الْجَائِزِ أَنَّهُمْ أَرَادُوا بِالْمُكَافَأَةِ على ذلك وَالشَّهَادَةُ تُرَدُّ بِالتُّهْمَةِ من وَجْهٍ وَاحِدٍ فَمِنْ وَجْهَيْنِ أَوْلَى وَلِأَنَّ أَهْلَ الْمَحَلَّةِ كَانُوا خُصَمَاءَ في هذه الدَّعْوَى فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ
وَإِنْ خَرَجُوا بِالْإِبْرَاءِ عن الْخُصُومَةِ لِأَنَّ السَّبَبَ الْمُوجِبَ لِكَوْنِهِمْ خُصَمَاءَ قَائِمٌ وهو وُجُودُ الْقَتِيلِ فِيهِمْ كَالْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ إذَا خَاصَمَ ثُمَّ عُزِلَ فَشَهِدَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ كَذَا هذا
وَلَوْ ادَّعَى وَلِيُّ الْقَتِيلِ على رَجُلٍ بِعَيْنِهِ من أَهْلِ الْمَحَلَّةِ فَالْقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ بِحَالِهَا في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
وَرَوَى عبد اللَّهِ بن الْمُبَارَكِ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ الْقَسَامَةَ تَسْقُطُ وَكَذَا رَوَى مُحَمَّدٌ
لوقال أبو يُوسُفَ الْقِيَاسُ أَنْ تَسْقُطَ الْقَسَامَةُ إلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ لِلْأَثَرِ
وَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ الْمُبَارَكِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ تَعْيِينَ الْوَلِيِّ وَاحِدًا منهم إبْرَاءً عن الْبَاقِينَ دَلَالَةٌ فَتَسْقُطُ عَنْهُمْ الْقَسَامَةُ كما لو أَبْرَأَهُمْ نَصًّا
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْقَاتِلَ أَحَدُ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ظَاهِرًا وَالْوَلِيُّ كَذَلِكَ إلَّا أَنَّهُ عَيَّنَ وهو مُتَّهَمٌ في التَّعْيِينِ فَلَا يُعْتَبَرُ تَعْيِينُهُ إلَّا بِالْبَيِّنَةِ فَلَا تعتبر ( ( ( يعتبر ) ) ) حُكْمُ الْقَسَامَةِ إلَّا بها فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ من غَيْرِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ على دَعْوَاهُ يقضي بها فَيَجِبُ الْقِصَاصُ في الْعَمْدِ وَالدِّيَةُ في الْخَطَأِ
وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ من الْمَحَلَّةِ عليه لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا على ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه لِأَنَّ الْخُصُومَةَ بَعْدَ هذه الدَّعْوَى قَائِمَةٌ فَكَانَ الشَّاهِدُ خَصْمًا لِأَنَّهُ يَقْطَعُ الْخُصُومَةَ عن نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ وَلَا شَهَادَةَ لِلْخَصْمِ وإذا لم تُقْبَلْ شَهَادَةُ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ عليه ولم يُقِمْ بَيِّنَةً أُخْرَى وَبَقِيَتْ الْقَسَامَةُ على أَهْلِ الْمَحَلَّةِ على حَالِهَا يَحْلِفُ الْمُدَّعَى عليه وَالشَّاهِدَانِ مع أَهْلِ الْمَحَلَّةِ حتى يَكْمُلَ خَمْسُونَ رَجُلًا من أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ثُمَّ كَيْفَ يُسْتَحْلَفُ الشُّهُودُ مع أَهْلِ الْمَحَلَّةِ عِنْدَهُمَا يَحْلِفُونَ بِاَللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى ماقتلناه وَلَا عَلِمْنَا له قَاتِلًا غير فُلَانٍ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَحْلِفُونَ بِاَللَّهِ جَلَّ شَأْنُهُ ما قَتَلْنَاهُ وَلَا يُزَادُونَ على ذلك لِأَنَّ عِنْدَهُمْ أَنَّ الْمَشْهُودَ عليه قَاتِلٌ فَلَا سَبِيلَ إلَى اسْتِحْلَافِهِمْ على الْعِلْمِ
وما قَالَهُ أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَوْلَى
لِأَنَّ فِيمَا قَالَاهُ مُرَاعَاةُ مَوْضُوعِ الْقَسَامَةِ وهو الْجَمْعُ بين الْيَمِينِ على الْبَتَاتِ وَالْعِلْمِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ فِيمَا وَرَاءَ الْمُسْتَثْنَى وَفِيمَا قَالَهُ أبو يُوسُفَ تَرْكُ الْيَمِينِ على الْعِلْمِ أَصْلًا فَكَانَ ما قَالَاهُ

---

*(7/295)*

---

أَوْلَى
وَلَوْ ادَّعَى أَهْلِ تِلْكَ الْمَحَلَّةِ على رَجُلٍ منهم أو من غَيْرِهِمْ تَصِحُّ دَعْوَاهُمْ فَإِنْ أَقَامُوا الْبَيِّنَةَ على ذلك الرَّجُلِ يَجِبُ الْقِصَاصُ في الْعَمْدِ وَالدِّيَةُ في الْخَطَأِ إنْ وَافَقَهُمْ الْأَوْلِيَاءُ في الدَّعْوَى على ذلك الرَّجُلِ وَإِنْ لم يوافقوهم

( ( ( يوافقهم ) ) ) في الدَّعْوَى عليه لَا يَجِبُ عليه شَيْءٌ لِأَنَّ الْأَوْلِيَاءَ قد أبرؤوه ( ( ( أبرءوه ) ) ) حَيْثُ أَنْكَرُوا وُجُودَ الْقَتْلِ منه وَلَا يَجِبُ على أَهْلِ الْمَحَلَّةِ أَيْضًا شيء لِأَنَّهُمْ أَثْبَتُوا الْقَتْلَ على غَيْرِهِمْ وَإِنْ لم يَقُمْ لهم الْبَيِّنَةُ وَحَلَفَ ذلك الرَّجُلُ تَجِبُ الْقَسَامَةُ على أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ثُمَّ كَيْفَ يَحْلِفُونَ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمُوَفِّقُ

فصل وَأَمَّا الْجِنَايَةُ على ما دُونَ النَّفْسِ مُطْلَقًا فَالْكَلَامُ في هذه الْجِنَايَةِ يَقَعُ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ أَنْوَاعِهَا

وَالثَّانِي في بَيَانِ حُكْمِ كل نَوْعٍ منها

أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْجِنَايَةُ على ما دُونَ النَّفْسِ مُطْلَقًا أَنْوَاعٌ أَرْبَعَةٌ أَحَدُهَا إبَانَةُ الْأَطْرَافِ وما يَجْرِي مَجْرَى الْأَطْرَافِ

وَالثَّانِي إذْهَابُ مَعَانِي الْأَطْرَافِ مع إبْقَاءِ أَعْيَانِهَا

وَالثَّالِثُ الشِّجَاجُ

وَالرَّابِعُ الْجِرَاحُ

أَمَّا النَّوْعُ الْأَوَّلُ فَقَطْعُ الْيَدِ وَالرِّجْلِ وَالْأُصْبُعِ وَالظُّفْرِ وَالْأَنْفِ وَاللِّسَانِ وَالذَّكَرِ وَالْأُنْثَيَيْنِ وَالْأُذُنِ وَالشَّفَةِ وَفَقْءُ الْعَيْنَيْنِ وَقَطْعُ الْأَشْفَارِ وَالْأَجْفَانِ وَقَلْعُ الْأَسْنَانِ وَكَسْرُهَا وَحَلْقُ شَعْرِ الرَّأْسِ وَاللِّحْيَةِ وَالْحَاجِبَيْنِ وَالشَّارِبِ

وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّانِي فَتَفْوِيتُ السَّمْعِ وَالْبَصَرِ وَالشَّمِّ وَالذَّوْقِ وَالْكَلَامِ وَالْجِمَاعِ وَالْإِيلَادِ وَالْبَطْشِ وَالْمَشْيِ وَتَغَيُّرُ لَوْنِ السِّنِّ إلَى السَّوَادِ وَالْحُمْرَةِ وَالْخُضْرَةِ وَنَحْوِهَا مع قِيَامِ الْمَحَالِّ الذي تَقُومُ بها هذه الْمَعَانِي

وَيُلْحَقُ بهذا الْفَصْلِ إذْهَابُ الْعَقْلِ

وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّالِثُ فَالشِّجَاجُ أَحَدَ عَشَرَ

أَوَّلُهَا الْخَارِصَةُ ثُمَّ الدَّامِعَةُ ثُمَّ الدَّامِيَةُ ثُمَّ الْبَاضِعَةُ ثُمَّ الْمُتَلَاحِمَةُ ثُمَّ السِّمْحَاقُ ثُمَّ الْمُوضِحَةُ ثُمَّ الْهَاشِمَةُ ثُمَّ الْمُنَقِّلَةُ ثُمَّ الْآمَّةُ ثُمَّ الدَّامِغَةُ

فَالْخَارِصَةُ هِيَ التي تَخْرُصُ الْجِلْدَ أَيْ تَشُقُّهُ وَلَا يَظْهَرُ منها الدَّمُ

وَالدَّامِعَةُ هِيَ التي يَظْهَرُ منها الدَّمُ وَلَا يَسِيلُ كَالدَّمْعِ في الْعَيْنِ

وَالدَّامِيَةُ هِيَ التي يَسِيلُ منها الدَّمُ

وَالْبَاضِعَةُ هِيَ التي تَبْضَعُ اللَّحْمَ أَيْ تَقْطَعُهُ

وَالْمُتَلَاحِمَةُ هِيَ التي تَذْهَبُ في اللَّحْمِ أَكْثَرَ مِمَّا تَذْهَبُ الْبَاضِعَةُ فيه هَكَذَا رَوَى أبو يُوسُفَ

وقال مُحَمَّدٌ الْمُتَلَاحِمَةُ قبل الْبَاضِعَةُ وَهِيَ التي يَتَلَاحَمُ منها الدَّمُ وَيَسْوَدُّ وَالسِّمْحَاقُ اسْمٌ لِتِلْكَ الْجِلْدَةِ إلَّا أَنَّ الْجِرَاحَةَ سُمِّيَتْ بها وَالْمُوضِحَةُ التي تَقْطَعُ السِّمْحَاقَ وَتُوَضِّحُ الْعَظْمَ أَيْ تُظْهِرُهُ

وَالْهَاشِمَةُ هِيَ التي تُهَشِّمُ الْعَظْمَ أَيْ تُكَسِّرُهُ وَالْمُنَقِّلَةُ هِيَ التي تَنْقُلُ الْعَظْمَ بَعْدَ الْكَسْرِ أَيْ تُحَوِّلُهُ من مَوْضِعٍ إلَى مَوْضِعٍ وَالْآمَّةُ هِيَ التي تَصِلُ إلَى أُمِّ الدِّمَاغِ وَهِيَ جِلْدَةٌ تَحْتَ الْعَظْمِ فَوْقَ الدِّمَاغِ وَالدَّامِغَةُ هِيَ التي تَخْرِقُ تِلْكَ الْجِلْدَةِ وَتَصِلُ إلَى الدِّمَاغِ

فَهَذِهِ إحْدَى عَشْرَ شَجَّةً

وَمُحَمَّدٌ ذَكَرَ الشِّجَاجَ تِسْعًا ولم يذكر الْخَارِصَةَ وَلَا الدَّامِغَةَ لِأَنَّ الْخَارِصَةَ لَا يَبْقَى لها أَثَرٌ عَادَةً وَالشَّجَّةُ التي لَا يَبْقَى لها أَثَرٌ لَا حُكْمَ لها في الشَّرْعِ وَالدَّامِغَةُ لَا يَعِيشُ الْإِنْسَانُ مَعَهَا عَادَةً بَلْ تَصِيرُ نَفْسًا ظَاهِرًا وَغَالِبًا فَتَخْرُجُ من أَنْ تَكُونَ شَجَّةً فَلَا مَعْنَى لِبَيَانِ حُكْمِ الشَّجَّةِ فيها لِذَلِكَ تَرَكَ مُحَمَّدٌ ذِكْرَهُمَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا النَّوْعُ الرَّابِعُ فَالْجِرَاحُ نَوْعَانِ جَائِفَةٌ وَغَيْرُ جَائِفَةٍ فَالْجَائِفَةُ هِيَ التي تَصِلُ إلَى الْجَوْفِ

وَالْمَوَاضِعُ التي تَنْفُذُ الْجِرَاحَةُ منها إلَى الْجَوْفِ هِيَ الصَّدْرُ وَالظَّهْرُ وَالْبَطْنُ وَالْجَنْبَانِ وما بين الْأُنْثَيَيْنِ وَالدُّبُرِ وَلَا تَكُونُ في الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ وَلَا في الرَّقَبَةِ وَالْحَلْقِ جَائِفَةٌ لِأَنَّهُ لَا يَصِلُ إلَى الْجَوْفِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ إنَّ ما وَصَلَ من الرَّقَبَةِ إلَى الْمَوْضِعِ الذي لو وَصَلَ إلَيْهِ من الشَّرَابِ قَطْرَةٌ يَكُونُ جَائِفَةً لِأَنَّهُ لَا يَقْطُرُ إلَّا إذَا وَصَلَ إلَى الْجَوْفِ وَلَا تَكُونُ الشَّجَّةُ إلَّا في الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ وفي مَوَاضِعِ الْعَظْمِ مِثْلِ الْجَبْهَةِ وَالْوَجْنَتَيْنِ وَالصُّدْغَيْنِ وَالذَّقَنِ دُونَ الْخَدَّيْنِ وَلَا تَكُونُ الْآمَّةُ إلَّا في الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ وفي الْمَوْضِعِ الذي تَتَخَلَّصُ منه إلَى الدِّمَاغِ وَلَا يَثْبُتُ حُكْمُ هذه الْجِرَاحَاتِ إلَّا في هذه الْمَوَاضِعِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وقال بَعْضُ الناس يَثْبُتُ حُكْمَ هذه الْجِرَاحَاتِ في كل الْبَدَنِ
وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ هذا القاتل ( ( ( القائل ) ) ) إنْ رَجَعَ في ذلك إلَى اللُّغَةِ فَهُوَ غَلَطٌ لِأَنَّ الْعَرَبَ تَفْصِلُ بين الشَّجَّةِ وَبَيْنَ مُطْلَقِ الْجِرَاحَةِ فَتُسَمِّي ما كان في الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ في مَوَاضِعِ الْعَظْمِ منها شَجَّةً
وما كان في سَائِرِ الْبَدَنِ جِرَاحَةً فَتَسْمِيَةُ الْكُلِّ شَجَّةً يَكُونُ غَلَطًا في اللُّغَةِ وَإِنْ رَجَعَ فيه إلَى الْمَعْنَى فَهُوَ خَطَأٌ لِأَنَّ حُكْمَ هذه الشِّجَاجِ يَثْبُتُ لِلشَّيْنِ الذي يَلْحَقُ الْمَشْجُوجَ بِبَقَاءِ أَثَرِهَا بِدَلِيلِ أنها لو برأت ( ( ( برئت ) ) ) ولم يَبْقَ لها أَثَرٌ لم يَجِبْ بها أَرْشٌ وَالشَّيْنُ إنَّمَا يَلْحَقُ فِيمَا يَظْهَرُ في الْبَدَنِ وَذَلِكَ هو الْوَجْهُ وَالرَّأْسُ وَأَمَّا ما سِوَاهُمَا فَلَا يَظْهَرُ بَلْ يُغَطَّى عَادَةً فَلَا يَلْحَقُ الشَّيْنُ فيه مِثْلَ ما يَلْحَقُ في الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ

---



---

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمُوَفِّقُ
فَصْلٌ وَأَمَّا أَحْكَامُ هذه الْأَنْوَاعِ فَهَذِهِ الْأَنْوَاعُ مُخْتَلِفَةُ الْأَحْكَامِ منها ما يَجِبُ فيه الْقِصَاصُ وَمِنْهَا ما يَجِبُ فيه دِيَةٌ كَامِلَةٌ
وَمِنْهَا ما يَجِبُ فيه أَرْشٌ مُقَدَّرٌ
وَمِنْهَا ما يَجِبُ فيه أَرْشٌ غَيْرُ مُقَدَّرٍ أَمَّا الذي فيه الْقِصَاصُ فَهُوَ الذي اسْتَجْمَعَ شَرَائِطَ الْوُجُوبِ فَيَقَعُ الْكَلَامُ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ شَرَائِطِ وُجُوبِ الْقِصَاصُ
وَالثَّانِي في بَيَانِ وَقْتِ الْحُكْمِ بِالْقِصَاصِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَقُولُ شَرَائِطُ وُجُوبِ الْقِصَاصِ أَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَعُمُّ النَّفْسَ وما دُونَهَا وَبَعْضُهَا يَخُصُّ ما دُونَ النَّفْسِ
أَمَّا الشَّرَائِطُ الْعَامَّةُ فما ذَكَرْنَا في بَيَانِ شَرَائِطِ وُجُوبِ الْقِصَاصِ في النَّفْسِ من كَوْنِ الْجَانِي عَاقِلًا بَالِغًا مُتَعَمِّدًا مُخْتَارًا
وَكَوْنِ الْمَجْنِيِّ عليه مَعْصُومًا مُطْلَقًا لَا يَكُونُ جُزْءَ الْجَانِي وَلَا مِلْكَهُ وَكَوْنِ الْجِنَايَةِ حَاصِلَةً على طَرِيقِ الْمُبَاشَرَةِ لِمَا ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ
وَأَمَّا الشَّرَائِطُ التي تَخُصُّ الْجِنَايَةُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ فَمِنْهَا الْمُمَاثَلَةُ بين الْمَحَلَّيْنِ في الْمَنَافِعِ وَالْفِعْلَيْنِ وَبَيْنَ الْأَرْشَيْنِ لِأَنَّ الْمُمَاثَلَةَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ مُعْتَبَرَةٌ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ فَانْعِدَامُهَا يَمْنَعُ وُجُوبَ الْقِصَاصِ
وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الْمُمَاثَلَةَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ مُعْتَبَرَةٌ شَرْعًا النص ( ( ( للنص ) ) ) وَالْمَعْقُولُ

أَمَّا النَّصُّ فَقَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَكَتَبْنَا عليهم فيها أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ }
إلَى قَوْله جَلَّ شَأْنُهُ { وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ }
فَإِنْ قِيلَ ليس في كِتَابِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى بَيَانُ حُكْمِ ما دُونَ النَّفْسِ إلا في هذه الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ وَأَنَّهُ إخْبَارٌ عن حُكْمِ التَّوْرَاةِ فَيَكُونُ شَرِيعَةَ من قَبْلَنَا وَشَرِيعَةُ من قَبْلَنَا لَا تَلْزَمُنَا
فَالْجَوَابُ أَنَّ من الْقُرَّاءِ الْمَعْرُوفِينَ من ابْتَدَأَ الْكَلَامِ من قَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ } بِالرَّفْعِ إلَى قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ } على ابْتِدَاءِ الْإِيجَابِ لَا على الْإِخْبَارِ عَمَّا في التَّوْرَاةِ فَكَانَ هذا شَرِيعَتَنَا لَا شَرِيعَةَ من قَبْلَنَا على أَنَّ هذا إنْ كان إخْبَارًا عن شَرِيعَةِ التَّوْرَاةِ لَكِنْ لم يَثْبُتْ نسخة بِكِتَابِنَا وَلَا بِسُنَّةِ رَسُولِنَا فَيَصِيرُ شَرِيعَةً لِنَبِيِّنَا مُبْتَدَأَةً فَيَلْزَمُنَا الْعَمَلُ بِهِ على أَنَّهُ شَرِيعَةُ رَسُولِنَا لَا على أَنَّهُ شَرِيعَةُ من قَبْلَهُ من الرُّسُلِ على ما عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ إلَّا أَنَّهُ لم يذكر وُجُوبَ الْقِصَاصِ في الْيَدِ وَالرِّجْلِ نَصًّا لَكِنَّ الْإِيجَابَ في الْعَيْنِ وَالْأَنْفِ وَالْأُذُنِ وَالسِّنِّ إيجَابٌ في الْيَدِ وَالرِّجْلِ دَلَالَةً لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِالْمَذْكُورِ من السَّمْعِ وَالْبَصَرِ وَالشَّمِّ وَالسِّنِّ إلَّا صَاحِبَهُ
وَيَجُوزُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِالْيَدِ وَالرِّجْلِ غَيْرُ صَاحِبِهِمَا فَكَانَ الْإِيجَابُ في الْعُضْوِ الْمُنْتَفَعِ بِهِ في حَقِّهِ على الْخُصُوصِ إيجَابًا فِيمَا هو مُنْتَفَعٌ بِهِ في حَقِّهِ وفي حَقِّ غَيْرِهِ من طَرِيقِ الْأَوْلَى فَكَانَ ذِكْرُ هذه الْأَعْضَاءِ ذِكْرًا لِلْيَدِ وَالرِّجْلِ بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ له كما في التَّأَفُّفِ مع الضَّرْبِ في الشَّتْمِ على أَنَّ في كِتَابِنَا حُكْمُ ما دُونَ النَّفْسِ قال اللَّهُ تعالى { فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عليه بِمِثْلِ ما اعْتَدَى عَلَيْكُمْ }
قال اللَّهُ تَعَالَى عز شَأْنُهُ { وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ ما عُوقِبْتُمْ بِهِ } وَأَحَقُّ ما يُعْمَلُ فيه بِهَاتَيْنِ الْآيَتَيْنِ ما دُونَ النَّفْسِ
وقال تَبَارَكَ وَتَعَالَى { من عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَى إلَّا مِثْلَهَا } وَنَحْوُ ذلك من الْآيَاتِ
وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَهُوَ إن ما دُونَ النَّفْسِ له حُكْمُ الْأَمْوَالِ لِأَنَّهُ خُلِقَ وِقَايَةً لِلنَّفْسِ كَالْأَمْوَالِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يستوفي في الْحِلِّ وَالْحُرَمِ كما يستوفي الْمَالُ
وَكَذَا الْوَصِيُّ يَلِي اسْتِيفَاءَ ما دُونَ النَّفْسِ لِلصَّغِيرِ كما يَلِي اسْتِيفَاءَ مَالِهِ فَتُعْتَبَرُ فيه الْمُمَاثَلَةُ كما تُعْتَبَرُ في إتْلَافِ الْأَمْوَالِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمِثْلُ مُمْكِنَ الِاسْتِيفَاءِ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْمِثْلِ بِدُونِ إمْكَانِ اسْتِيفَائِهِ مُمْتَنَعٌ فَيُمْتَنَعُ وُجُوبُ الِاسْتِيفَاءِ ضَرُورَةً ويبني ( ( ( وينبني ) ) ) على هَذَيْنِ الْأَصْلَيْنِ مَسَائِلُ
فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ تَعَالَى التَّوْفِيقُ لَا يُؤْخَذُ شَيْءٌ من الْأَصْلِ إلَّا بمثله فَلَا تُؤْخَذُ الْيَدُ إلَّا بِالْيَدِ
لِأَنَّ غير الْيَدِ ليس من جِنْسِهَا فلم يَكُنْ مِثْلًا لها إذْ التَّجَانُسُ شَرْطٌ لِلْمُمَاثَلَةِ
وَكَذَا الرِّجْلُ وَالْأُصْبُعُ وَالْعَيْنُ وَالْأَنْفُ وَنَحْوُهَا لِمَا قُلْنَا وَكَذَا الْإِبْهَامُ لَا تُؤْخَذُ إلَّا بِالْإِبْهَامِ وَلَا السَّبَّابَةُ إلَّا بِالسَّبَّابَةِ وَلَا الْوُسْطَى إلَّا بِالْوُسْطَى وَلَا الْبِنْصِرِ إلَّا بِالْبِنْصِرِ وَلَا الْخِنْصَرُ إلَّا بِالْخِنْصَرِ لِأَنَّ مَنَافِعَ الْأَصَابِعِ مُخْتَلِفَةٌ فَكَانَتْ كَالْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ
وَكَذَلِكَ لَا تُؤْخَذُ الْيَدُ الْيَمِينُ إلَّا بِالْيَمِينِ وَلَا الْيُسْرَى إلَّا بِالْيُسْرَى لِأَنَّ لِلْيَمِينِ فَضْلًا على الْيَسَارِ وَلِذَلِكَ سُمِّيَتْ يَمِينًا وَكَذَلِكَ الرِّجْلُ وَكَذَلِكَ أَصَابِعُ الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ لَا تُؤْخَذُ الْيَمِينُ منها ( ( ( منهما ) ) ) إلَّا بِالْيَمِينِ وَلَا الْيُسْرَى إلَّا بِالْيُسْرَى

وَكَذَلِكَ الْأَعْيُنُ لِمَا قُلْنَا وَكَذَلِكَ الْأَسْنَانُ لَا تُؤْخَذُ الثَّنِيَّةُ إلَّا بِالثَّنِيَّةِ وَلَا النَّابُ إلَّا بِالنَّابِ وَلَا الضِّرْسُ إلَّا بِالضِّرْسِ لِاخْتِلَافِ مَنَافِعِهَا فإن بَعْضَهَا قَوَاطِعُ وَبَعْضَهَا طَوَاحِنُ وَبَعْضَهَا ضَوَاحِكُ وَاخْتِلَافُ الْمَنْفَعَةِ بين الشَّيْئَيْنِ يَلْحَقهُمَا بِجِنْسَيْنِ وَلَا مُمَاثَلَةَ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ
وَكَذَا لَا يُؤْخَذُ الْأَعْلَى منها بِالْأَسْفَلِ وَلَا الْأَسْفَلُ

---

(7/297)

---

بِالْأَعْلَى لِتَفَاوُتٍ بين الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلِ في الْمَنْفَعَةِ وَلَا يُؤْخَذُ الصَّحِيحُ من الْأَطْرَافِ إلَّا بِالصَّحِيحِ منها فَلَا تُقْطَعُ الْيَدُ الصَّحِيحَةُ وَلَا كَامِلَةُ الْأَصَابِعِ بِنَاقِصَةِ الْأَصَابِعِ أو مَفْصِلٌ من الْأَصَابِعِ
وَكَذَلِكَ الرِّجْلُ وَالْأُصْبُعُ وَغَيْرُهَا لِعَدَمِ الْمُمَاثَلَةِ بين الصحيح ( ( ( الصحيحين ) ) ) وَالْمَعِيبِ
وَإِنْ كان الْعَيْبُ في طَرَفِ الْجَانِي فَالْمَجْنِيّ عليه بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ اقْتَصَّ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ أَرْشَ الصَّحِيحِ لِأَنَّ حَقَّهُ في الْمِثْلِ وهو السَّلِيمُ وَلَا يُمْكِنُهُ اسْتِيفَاءُ حَقِّهِ من كل وَجْهٍ مع فَوَاتِ صِفَةِ السَّلَامَةِ وَأَمْكَنَهُ الِاسْتِيفَاءُ من وَجْهٍ وَلَا سَبِيلَ إلَى إلْزَامِ الِاسْتِيفَاءِ حَتْمًا لِمَا فيه من إلْزَامِ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ نَاقِصًا وَهَذَا لَا يَجُوزُ فَيُخَيَّرُ إنْ شَاءَ رضي بِقَدْرِ حَقِّهِ وَاسْتَوْفَاهُ نَاقِصًا وَإِنْ شَاءَ عَدَلَ إلَى بَدَلِ حَقِّهِ وهو كَمَالُ الْأَرْشِ كما ( ( ( كمن ) ) ) أَتْلَفَ على إنْسَانٍ شيئا له مِثْلٌ وَالْمُتْلَفُ جَيِّدٌ فَانْقَطَعَ عن أَيْدِي الناس ولم يَبْقَ منه إلَّا الرَّدِيءُ أَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ يَكُونُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَوْجُودَ نَاقِصًا وَإِنْ شَاءَ عَدَلَ إلَى قِيمَةِ الْجَيِّدِ لِمَا قُلْنَا
كَذَا هذا
وَلَوْ أَرَادَ الْمَجْنِيّ عليه أَنْ يَأْخُذَهُ وَيُضَمِّنَهُ النُّقْصَانَ هل له ذلك قال أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى ليس له ذلك
وقال الشَّافِعِيُّ له ذلك
وجه قَوْلُهُ أَن حَقَّهُ في الْمِثْلِ وَلَا يُمْكِنُهُ اسْتِيفَاؤُهُ من هذه الْيَدِ من كل وَجْهٍ فَيَسْتَوْفِي حَقَّهُ منها بِقَدْرِ ما يُمْكِنُ وَيُضَمِّنُهُ الْبَاقِيَ كما لو أَتْلَفَ على آخَرَ شيئا من الْمِثْلِيَّاتِ فَانْقَطَعَ عن أَيْدِي الناس إلَّا قَدْرَ بَعْضِ حَقِّهِ أنه يَأْخُذُ الْقَدْرَ الْمَوْجُودِ من الْمُتْلَفِ وَيُضَمِّنُهُ الْبَاقِيَ
كَذَا هذا
وَلَنَا أَنَّهُ قَادِرٌ على اسْتِيفَاءِ أَصْلِ حَقِّهِ وَإِنَّمَا الْفَائِتُ هو الْوَصْفُ وهو صِفَةُ السَّلَامَةِ فإذا رضي بإستيفاء أَصْلِ حَقِّهِ نَاقِصًا كان ذلك رِضًا منه بِسُقُوطِ حَقِّهِ عن الصِّفَةِ كما لو أَتْلَفَ شيئا من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وهو جَيِّدٌ فَانْقَطَعَ عن أَيْدِي الناس نَوْعُ الْجَيِّدِ وَلَا يُوجَدُ إلَّا الرَّدِيءُ منه أنه ليس له إلَّا أَنْ يَأْخُذَهُ أو قِيمَةُ الْجَيِّدِ كَذَلِكَ
هذا بِخِلَافِ ما ذَكَرَهُ من الْمَسْأَلَةِ لِأَنَّ هُنَاكَ حَقَّ الْمُتْلَفِ عليه مُتَعَلِّقٌ بِمِثْلِ الْمُتْلِفِ بِكُلِّ جُزْءٍ من أَجْزَائِهِ صُورَةً وَمَعْنًى فَكَانَ له أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْمَوْجُودَ وَيَأْخُذَ قِيمَةَ الْبَاقِي وَهَهُنَا حَقُّ الْمَجْنِيِّ عليه لم يَتَعَلَّقْ إلَّا بِالْقَطْعِ من الْمِفْصَلِ دُونَ الْأَصَابِعِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو أَرَادَ أَنْ يَقْطَعَ الْأَصَابِعَ وَيَبْرَأَ عن الْكَفِّ ليس له ذلك فلم تَكُنْ الْأَصَابِعُ عَيْنَ حَقِّهِ إنْ كان الْبَعْضُ قَطَعَ الْأَصَابِعِ بِأَنْ كانت جَارِيَةً

مَجْرَى الصِّفَةِ كَالْجَوْدَةِ في الْمَكِيلِ فَلَا يَكُونُ له أَنْ يُطَالِبَ بِشَيْءٍ آخَرَ كما في تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ
وَلَوْ ذَهَبَتْ الْجَارِحَةُ الْمُعَيَّنَةُ قبل أَنْ يَخْتَارَ الْمَجْنِيُّ عليه أَخَذَهَا أو قَطَعَهَا قَاطِعٌ بَطَلَ حَقُّ الْمَجْنِيِّ عليه في الْقِصَاصِ لِفَوَاتِ مَحَلِّهِ
وَهَلْ يَجِبُ الْأَرْشُ على الْجَانِي فَالْكَلَامُ فيه كَالْكَلَامِ فِيمَا إذَا قَطَعَ يَدًا صَحِيحَةً وهو على التَّفْصِيلِ الذي ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أنها إنْ سَقَطَتْ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو قُطِعَتْ ظُلْمًا لَا شَيْءَ عليه وَلَوْ قُطِعَتْ بِحَقٍّ من قِصَاصٍ أو سَرِقَةٍ فَعَلَيْهِ أَرْشُ الْيَدِ الْمَقْطُوعَةِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ عليه الْأَرْشُ في الْوَجْهَيْنِ وَالْكَلَامُ فيه رَاجِعٌ إلَى أَصْلٍ وقد تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ وهو أَنَّ مُوجِبَ الْعَمْدِ الْقِصَاصُ عَيْنًا عِنْدَنَا في النَّفْسِ وما دُونَهُ وَعِنْدَهُ أَحَدُهُمَا غَيْرُ عَيْنٍ في قَوْلٍ وفي قَوْلٍ الْقِصَاصُ عَيْنًا لَكِنْ مع حَقِّ الْعُدُولِ إلَى الْمَالِ وقد ذَكَرْنَا هذا الْأَصْلَ بِفُرُوعِهِ في بَيَانِ حُكْمِ الْجِنَايَةِ على النَّفْسِ إلَّا أَنَّهُ إذَا كان الْقَطْعُ بِحَقٍّ يَجِبُ الْأَرْشَ لِأَنَّهُ قَضَى بِالطَّرَفِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا عليه فَصَارَ كَأَنَّهُ قَائِمٌ وَتَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ لِعُذْرِ الْخَطَأِ وَغَيْرِهِ على ما مَرَّ ذِكْرُهُ
وإذا ثَبَتَ هذا في الصَّحِيحَةِ فَنَقُولُ حَقُّ الْمَجْنِيِّ عليه كان مُتَعَلِّقًا بِالْيَدِ الْمُعَيَّنَةِ بِعَيْنِهَا وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ عنها إلَى الْأَرْشِ عِنْدَ اخْتِيَارِهِ فإذا لم يَخْتَرْ حتى هَلَكَتْ بَقِيَ حَقُّهُ مُتَعَلِّقًا بِالْيَدِ
فَإِنْ قِيلَ أَلَيْسَ أَنَّهُ مُخَيَّرًا بين الْقِصَاصِ وَالْأَرْشِ فإذا فَاتَ أَحَدُهُمَا تَعَيَّنَ الْآخَرُ قِيلَ لَا بَلْ حَقُّهُ كان في الْيَدِ على التَّعْيِينِ إلَّا أَنَّ له أَنْ يَعْدِلَ عنه إلَى بَدَلِهِ عِنْدَ الِاخْتِيَارِ فإذا هَلَكَ قبل الِاخْتِيَارِ بَقِيَ حَقُّهُ في الْيَدِ فإذا هَلَكَتْ فَقَدْ بَطَلَ مَحَلُّ الْحَقِّ فَبَطَلَ الْحَقُّ أَصْلًا وَرَأْسًا
وَاَللَّهُ تَعَالَى عز وجل الْمُوَفِّقُ
وَلَوْ كانت يَدُ القطع ( ( ( القاطع ) ) ) صَحِيحَةً وَقْتَ الْقَطْعِ ثُمَّ شُلَّتْ بَعْدَهُ فَلَا حَقَّ لِلْمَقْطُوعِ في الْأَرْشِ لِأَنَّ حَقَّهُ ثَبَتَ في الْيَدِ عَيْنًا بِالْقَطْعِ فَلَا يُنْتَقَلُ إلَى الْأَرْشِ بِالنُّقْصَانِ كما إذَا ذَهَبَ الْكُلُّ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أَنَّهُ يَسْقُطُ حَقُّهُ أَصْلًا وَلَا يَنْتَقِلُ إلَى الْأَرْشِ لِمَا قُلْنَا
كَذَا هذا
وَلَا قِصَاصَ إلَّا فِيمَا يُقْطَعُ من الْمَفَاصِلِ مِفْصَلِ الزَّنْدِ أو مَفْصِلِ الْمِرْفَقِ أو مِفْصَلِ الْكَتِفِ في الْيَدِ أو مِفْصَلِ الْكَعْبِ أو مِفْصَلِ الرُّكْبَةِ أو مِفْصَلِ الْوَرْكِ في الرِّجْلِ وما كان من غَيْرِ الْمَفَاصِلِ فَلَا قِصَاصَ فيه كما إذَا قُطِعَ من السَّاعِدِ أو الْعَضُدِ أو السَّاقِ أو الْفَخِذِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْمِثْلِ من الْمَفَاصِلِ وَلَا يُمْكِنُ من غَيْرِهَا وَلَيْسَ في لَحْمِ السَّاعِدِ وَالْعَضُدِ وَالسَّاقِ وَالْفَخِذِ وَلَا

---



---

في الْأَلْيَةِ قِصَاصٌ وَلَا في لَحْمِ الْخَدَّيْنِ وَلَحْمِ الظَّهْرِ وَالْبَطْنِ وَلَا في جِلْدَةِ الرَّأْسِ وَجِلْدَةِ الْيَدَيْنِ إذَا قُطِعَتْ لِتَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ الْمِثْلِ وَلَا في اللَّطْمَةِ وَالْوَكْزَةِ وَالْوَجْأَةِ وَالدَّقَّةِ لِمَا قُلْنَا
وَلَا يُؤْخَذُ الْعَدَدُ بِالْعَدَدِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ مِمَّا يَجِبُ على أَحَدِهِمَا فيه الْقِصَاصُ لو انْفَرَدَ كَالِاثْنَيْنِ إذَا قَطَعَا يَدَ رَجُلٍ أو رِجْلَهُ أو أصبعه أو أَذْهَبَا سَمْعَهُ أو بَصَرَهُ

أو قَلَعَا سِنًّا له أو نحو ذلك من الْجَوَارِحِ الَّتِي على الْوَاحِدِ مِنْهُمَا فيها الْقِصَاصُ لو انْفَرَدَ بِهِ فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِمَا وَعَلَيْهِمَا الْأَرْشُ نِصْفَانِ
وَكَذَلِكَ ما زَادَ على الثَّلَاثِ من الْعَدَدِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الِاثْنَيْنِ وَلَا قِصَاصَ عليهم وَعَلَيْهِمْ الْأَرْشُ على عَدَدِهِمْ بِالسَّوَاءِ وَهَذَا عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَجِبُ الْقِصَاصُ عليهم وَإِنْ كَثُرُوا كما في النَّفْسِ
وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ أَنَّ رَجُلَيْنِ شَهِدَا بين يَدَيْ سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنه على رَجُلٍ بِالسَّرِقَةِ فَأَمَرَ بِقَطْعِ يَدِهِ ثُمَّ جَاءَا بِآخَرَ وَقَالَا أَوْهِمْنَا إنَّمَا السَّارِقُ هذا يا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ فقال سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه لَا أُصَدِّقُكُمَا على هذا وَأُغَرِّمُكُمَا دِيَةَ الْأَوَّلِ وَلَوْ عَلِمْتَ أَنَّكُمَا تَعَمَّدْتُمَا لَقَطَعْتُ أَيْدِيَكُمَا
فَقَدْ اعْتَقَدَ سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه قَطْعَ الْيَدَيْنِ بِيَدٍ وَاحِدَةٍ وَإِنَّمَا قال ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه أَحَدٌ منهم فَيَكُونُ إجْمَاعًا
وَلِأَنَّ الْيَدَ تَابِعَةٌ لِلنَّفْسِ ثُمَّ الْأَنْفُسُ تُقْتَلُ بِنَفْسٍ وَاحِدَةٍ فَكَذَا الْأَيْدِي تُقْطَعُ بِيَدٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّ حُكْمَ التَّبَعِ حُكْمُ الْأَصْلِ
وَلَنَا أَنَّ الْمُمَاثَلَةَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ مُعْتَبَرَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ وَلَا مُمَاثَلَةَ بين الْأَيْدِي وَيَدٍ وَاحِدَةٍ لَا في الذَّاتِ وَلَا في الْمَنْفَعَةِ وَلَا في الْفِعْلِ
أَمَّا في الذَّاتِ فَلَا شَكَّ فيه لِأَنَّهُ لَا مُمَاثَلَةَ بين الْعَدَدِ بين الْفَرْدِ من حَيْثُ الذَّاتُ يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ لَا تُقْطَعُ الصَّحِيحَةُ بِالشَّلَّاءِ وَالْفَائِتُ هو الْمُمَاثَلَةُ من حَيْثُ الْوَصْفُ فَقَطْ فَفَوَاتُ الْمُمَاثَلَةِ في الْوَصْفِ لَمَّا مَنَعَ جَرَيَانَ الْقِصَاصِ فَفَوَاتُهَا في الذَّاتِ أَوْلَى
وَأَمَّا في الْمَنْفَعَةِ فَلِأَنَّ من الْمَنَافِعِ ما لَا يَتَأَتَّى إلَّا بِالْيَدَيْنِ كَالْكِتَابَةِ وَالْخِيَاطَةِ وَنَحْوِ ذلك
وَكَذَا مَنْفَعَةُ الْيَدَيْنِ أَكْثَرُ من مَنْفَعَةِ يَدٍ وَاحِدَةٍ عَادَةً وَأَمَّا في الْفِعْلِ فَلِأَنَّ الْمَوْجُودَ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَطْعُ بَعْضِ الْيَدِ كَأَنَّهُ وَضَعَ أَحَدُهُمَا السِّكِّينَ من جَانِبٍ وَالْآخَرَ من جَانِبٍ آخَرَ وَالْجَزَاءُ قَطْعُ كل وَاحِدٍ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَقَطْعُ كل الْيَدِ أَكْثَرُ من قَطْعِ بَعْضِ الْيَدِ وَانْعِدَامُ الْمُمَاثَلَةِ من وَجْهٍ تَكْفِي لِجَرَيَانِ الْقِصَاصِ
كَيْفَ وقد انْعَدَمَتْ من وُجُوهٍ وَأَمَّا قَوْلُ سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه فَلَا حُجَّةَ له فيه لِأَنَّهُ إنَّمَا قال ذلك على سَبِيلِ السِّيَاسَةِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ أَضَافَ الْقَطْعَ إلَى نَفْسِهِ وَذَا لَا يَكُونُ إلَّا بِطَرِيقِ السِّيَاسَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ قَطَعَ رَجُلٌ يميني ( ( ( يمينا ) ) ) رَجُلَيْنِ تُقْطَعُ يَمِينُهُ ثُمَّ إنْ حَضَرَا جميعا فَلَهُمَا أَنْ يَقْطَعَا يَمِينَهُ وَيَأْخُذَا منه دِيَةَ يَدٍ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ
وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا كان على التَّعَاقُبِ يُقْطَعُ الأول ( ( ( للأول ) ) ) وَيَغْرَمُ الدِّيَةَ لِلثَّانِي كما في الْقَتْلِ وَإِنْ كان على الِاجْتِمَاعِ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَيَقْطَعُ لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ وَيَغْرَمُ لِلْآخَرِ الدِّيَةِ كما قال في النَّفْسِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ إذَا قَطَعَ على التَّرْتِيبِ صَارَتْ يَدُهُ حَقًّا لِلْأَوَّلِ فَلَا تَصِيرُ حَقًّا لِلثَّانِي فَتَجِبُ الدِّيَةُ لِلثَّانِي وإذا قَطَعَ الْيَدَيْنِ على الِاجْتِمَاعِ فَقَدْ صَارَتْ يَدُهُ حَقًّا لِأَحَدِهِمَا غير عَيْنٍ وَتَتَعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ
وَلَنَا أَنَّهُمَا اسْتَوَيَا في سَبَبِ اسْتِحْقَاقِ الْقِصَاصِ فَيَسْتَوِيَانِ في الِاسْتِحْقَاقِ وَدَلِيلُ الْوَصْفِ أَنَّ سَبَبَ الِاسْتِحْقَاقِ قَطْعُ الْيَدِ وقد وُجِدَ قَطْعُ الْيَدِ في حَقِّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَيَسْتَحِقُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَطْعَ يَدِهِ وَلَا يَحْصُلُ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا في يَدٍ وَاحِدَةٍ الأقطع بَعْضِهَا فلم يَسْتَوْفِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْقَطْعِ إلَّا بَعْضَ حَقِّهِ فيستوفي الْبَاقِي من الْأَرْشِ وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمَّا اسْتَوْفَى بَعْضَ

حَقِّهِ بِقَطْعِ الْيَدِ صَارَ الْقَاطِعُ قَاضِيًا بِبَعْضِ يَدِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا عليه فَيُجْعَلُ كَأَنَّ يَدَهُ قَائِمَةٌ وَتَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ لِعُذْرٍ فَتَجِبُ الدِّيَةُ
وَقَوْلُهُ صَارَتْ يَدُهُ حَقًّا لِمَنْ له الْقِصَاصُ مَمْنُوعٌ فإن مِلْكَ الْقِصَاصِ ليس مِلْكَ الْمَحَلِّ بَلْ هو مِلْكُ الْفِعْلِ وهو إطْلَاقُ الِاسْتِيفَاءِ لِأَنَّ حُرِّيَّةَ من عليه تَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ لِأَنَّهَا تنبىء عن الْخُلُوصِ وَالْمِلْكُ في الْمَحَلِّ بِثُبُوتٍ فيه فَيُنَافِيهِ الْخُلُوصُ

وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّهُ لو قُطِعَتْ يَدُهُ بِغَيْرِ حَقٍّ ثَابِتٍ كانت الدِّيَةُ له وَلَوْ صَارَتْ يَدُهُ مَمْلُوكَةً لِمَنْ له الْقِصَاصُ لَكَانَتْ الدِّيَةُ له دَلَّ أَنَّ مِلْكَ الْقِصَاصِ ليس هو مِلْكُ الْمَحَلِّ بَلْ مِلْكُ الْفِعْلِ وهو إطْلَاقُ الِاسْتِيفَاءِ وَلَا تَنَافِيَ فيه فَإِطْلَاقُ الِاسْتِيفَاءِ لِلْأَوَّلِ لَا يَمْنَعُ إطْلَاقَ اسْتِيفَاءِ الثَّانِي
وَهَذَا بِخِلَافِ النَّفْسِ لأن الْوَاحِدَ يُقْتَلُ بِالْجَمَاعَةِ اكْتِفَاءً لِأَنَّ هُنَاكَ كُلُّ وَاحِدٍ منهم اسْتَوْفَى حَقَّهُ على الْكَمَالِ لِأَنَّ حَقَّهُ في الْقَتْلِ وَكُلُّ وَاحِدٍ منهم اسْتَوْفَى الْقَتْلَ بِكَمَالِهِ لِمَا ذَكَرْنَا في الْجِنَايَةِ على النَّفْسِ فِيمَا تَقَدَّمَ وَإِنْ حَضَرَ أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ غَائِبٌ فَلِلْحَاضِرِ

---



---

أَنْ يَقْتَصَّ وَلَا يَنْتَظِرَ الْغَائِبَ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ حَقَّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَابِتٌ في كل الْيَدِ وَإِنَّمَا التَّمَانُعُ في اسْتِيفَاءِ الْكُلِّ بِحُكْمِ التَّزَاحُمِ بِحُكْمِ الْمُشَارَكَةِ في الِاسْتِيفَاءِ فإذا كان أَحَدُهُمَا غَائِبًا فَلَا يُزَاحِمُ الْحَاضِرُ فَكَانَ له أَنْ يَسْتَوْفِيَ كَأَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ إذَا حَضَرَ يقضي له بِالشُّفْعَةِ في كل الْمَبِيعِ
وَلِأَنَّ حَقَّ الْحَاضِرِ إذَا كان ثَابِتًا في كل الْيَدِ وَأَرَادَ الِاسْتِيفَاءَ وَالْغَائِبُ قد يَحْضُرُ وقد لَا يَحْضُرُ وقد يُطَالِبُ بعد ( ( ( بعض ) ) ) الْحُضُورِ وقد يَعْفُو فَلَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ حَقِّ الْحَاضِرِ في الِاسْتِيفَاءِ وَالْمَنْعِ منه لِلْحَالِ بَعْدَ طَلَبِهِ لِأَمْرٍ مُحْتَمَلٍ وَلِهَذَا قُضِيَ بِالشُّفْعَةِ لِأَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ إذَا حَضَرَ وَطَلَبَ وَلَا يُنْتَظَرُ حُضُورُ الْغَائِبِ

كَذَا هذا
وَلِلْآخَرِ دِيَةُ يَدِهِ على الْقَاطِعِ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ حَقِّهِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ فَيُصَارُ إلَى الْبَدَلِ وَلِأَنَّ الْقَاطِعَ قَضَى بِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا عليه فَيَلْزَمُهُ الدِّيَةُ
وَإِنْ عَفَا أَحَدُهُمَا بَطَلَ حَقُّهُ وكان لِلْآخَرِ الْقِصَاصُ إذَا كان الْعَفْوُ قبل قَضَاءِ الْقَاضِي بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ حَقَّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَابِتٌ في الْيَدِ على الْكَمَالِ فَالْعَفْوُ من أَحَدِهِمَا لَا يُؤَثِّرُ في حَقِّ الْآخَرِ كما في الْقِصَاصِ في النَّفْسِ
وَكَذَلِكَ لو عَدَا أَحَدُهُمَا على الْقَاطِعِ فَقَطَعَ يَدَهُ فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ فَلِلْآخَرِ الدِّيَةُ لِمَا ذَكَرْنَا
وَأَمَّا إذَا قَضَى الْقَاضِي بِالْقِصَاصِ بَيْنَهُمَا ثُمَّ عَفَا أَحَدُهُمَا فَلِلْآخَرِ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْقِصَاصَ في قَوْلِهِمَا اسْتِحْسَانًا
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا قَضَى الْقَاضِي بِالْقِصَاصِ في الْيَدِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ودية ( ( ( وبدية ) ) ) الْيَدِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ثُمَّ عَفَا أَحَدُهُمَا بَطَلَ الْقِصَاصُ
وَجْهُ قَوْلِهِ إنَّ حَقَّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَإِنْ كان ثَابِتًا في كل الْيَدِ لَكِنَّ الْقَاضِيَ لَمَّا قَضَى بِالْقِصَاصِ بَيْنَهُمَا فَقَدْ أَثْبَتَ الشَّرِكَةَ بَيْنَهُمَا فَصَارَ حَقُّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا في الْبَعْضِ فإذا عَفَا أَحَدُهُمَا سَقَطَ الْبَعْضُ وَلَا يَتَمَكَّنُ الْآخَرُ من اسْتِيفَاءِ الْكُلِّ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا إن قَضَاءَ الْقَاضِي بِالشَّرِكَةِ لم يُصَادِفْ مَحَلَّهُ لِأَنَّ الشَّرْعَ ما وَرَدَ بِوُجُوبِ الْقَطْعِ في بَعْضِ الْيَدِ فَيُلْحَقُ بِالْعَدَمِ أو يُجْعَلُ مَجَازًا عن الْفَتْوَى كَأَنَّهُ أَفْتَى بِمَا يَجِبُ لَهُمَا وهو أَنْ يَجْتَمِعَا على الْقَطْعِ وَيَأْخُذَ الدِّيَةَ بَيْنَهُمَا فَكَانَ عَفْوُ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الْقَضَاءِ كَعَفْوِهِ قَبْلَهُ

وَلَوْ قَضَى الْقَاضِي بِالدِّيَةِ بَيْنَهُمَا فَقَبَضَاهَا ثُمَّ عَفَا أَحَدُهُمَا لم يَكُنْ لِلْآخَرِ الْقِصَاصُ وَيَنْقَلِبُ نَصِيبُهُ مَالًا لِأَنَّهُمَا لَمَّا قَبَضَا الدِّيَةَ فَقَدْ مَلَكَاهَا وَثُبُوتُ الْمِلْكِ في الدِّيَةِ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَبْقَى الْحَقُّ في كل الْيَدِ فَسَقَطَ حَقُّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا عن نِصْفِ الْيَدِ فإذا عَفَا أَحَدُهُمَا لَا يَثْبُتُ لِلْآخَرِ وِلَايَةُ اسْتِيفَاءِ كل الْيَدِ

وَكَذَلِكَ لو أَخَذَ بِالدِّيَةِ رَهْنًا لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ اسْتِيفَاءٍ لِأَنَّ الدَّيْنَ كَأَنَّهُ في الرَّهْنِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ إذَا هَلَكَ يَسْقُطُ الدَّيْنُ فَصَارَ قَبْضُهُمَا الرَّهْنَ كَقَبْضِهِمَا الدَّيْنَ وَلَوْ أَخذا ( ( ( أخذ ) ) ) بِالدِّيَةِ كَفِيلًا ثُمَّ عَفَا أَحَدُهُمَا فَلِلْآخَرِ الْقِصَاصُ لِأَنَّهُ ليس في الْكَفَالَةِ مَعْنَى الِاسْتِيفَاءِ بَلْ هو لِلتَّوَثُّقِ لِجَانِبِ الْوُجُوبِ فَكَانَ الْحُكْمُ بَعْدَ الْكَفَالَةِ كَالْحُكْمِ قَبْلَهَا

وَلَوْ قَطَعَ من رَجُلٍ يَدَيْهِ أو رِجْلَيْهِ قُطِعَتْ يَدَاهُ وَرِجْلَاهُ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْمِثْلِ مُمْكِنٌ

وَلَوْ قَطَعَ من رَجُلٍ يَمِينَهُ وَمِنْ آخَرَ يَسَارَهُ قُطِعَتْ يَمِينُهُ لِصَاحِبِ الْيَمِينِ وَيَسَارُهُ لِصَاحِبِ الْيَسَارِ لِأَنَّ تَحْقِيقَ الْمُمَاثَلَةِ فيه وَأَنَّهُ مُمْكِنٌ

فَإِنْ قِيلَ الْقَاطِعُ ما أَبْطَلَ عَلَيْهِمَا مَنْفَعَةَ الْجِنْسَيْنِ فَكَيْفَ نبطل ( ( ( تبطل ) ) ) عليه مَنْفَعَةُ الْجِنْسِ فَالْجَوَابُ إن كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ما اسْتَحَقَّ عليه إلَّا قَطْعَ يَدٍ وَاحِدَةٍ وَلَيْسَ في قَطْعِ يَدٍ وَاحِدَةٍ تَفْوِيتُ مَنْفَعَةِ الْجِنْسِ فَكَانَ الْجَزَاءُ مِثْلَ الْجِنَايَةِ إلَّا أَنَّ فَوَاتَ مَنْفَعَةِ الْجِنْسِ عِنْدَ اجْتِمَاعِ الْفِعْلَيْنِ حَصَلَ ضَرُورَةً غير مُضَافٍ إلَيْهِمَا

وَلَوْ قَطَعَ أَصْبُعَ رَجُلٍ كُلَّهَا من الْمَفْصِلِ ثُمَّ قَطَعَ يَدَ آخَرَ أو يَدًا بِالْيَدِ ثُمَّ يَقْطَعُ الْأَصْبُعَ وَذَلِكَ كُلُّهُ في يَدٍ وَاحِدَةٍ في الْيَمِينِ أو في الْيَسَارِ فَلَا يَخْلُو إمَّا إن جَاءَا جميعا يَطْلُبَانِ الْقِصَاصَ وَإِمَّا إنْ جَاءَا مُتَفَرِّقَيْنِ

فَإِنْ جَاءَا جميعا يُبْدَأُ بِالْقِصَاصِ في الْأَصْبُعِ فَتُقْطَعُ الْأُصْبُعُ بِالْأَصْبُعِ ثُمَّ يُخَيَّرُ صَاحِبُ الْيَدِ فَإِنْ شَاءَ قَطَعَ ما بَقِيَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ دِيَةَ يَدِهِ من مَالِ الْقَاطِعِ لِأَنَّ حَقَّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا في مِثْلِ ما قُطِعَ منه فَحَقُّ صَاحِبِ الْيَدِ في قَطْعِ الْيَدِ وَحَقُّ صَاحِبِ الْأَصْبُعِ في قَطْعِ الْأُصْبُعِ فَيَجِبُ إيفَاءُ حَقِّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَذَلِكَ في الْبِدَايَةِ بِالْقِصَاصِ في الْأَصْبُعِ

لِأَنَّا لو بَدَأْنَا بِالْقِصَاصِ في الْيَدِ لَبَطَلَ حَقُّ صَاحِبِ الْأُصْبُعِ في الْقِصَاصِ أَصْلًا وَرَأْسًا وَلَوْ بَدَأْنَا بِالْقِصَاصِ في الْأُصْبُعِ لم يَبْطُلْ حَقُّ الْآخَرِ في الْقِصَاصِ أَصْلًا وَرَأْسًا لِأَنَّهُ يَتَمَكَّنُ من اسْتِيفَائِهِ مع النُّقْصَانِ فَكَانَتْ الْبِدَايَةُ بِالْأَصْبُعِ أَوْلَى وَإِنَّمَا خُيِّرَ صَاحِبُ الْيَدِ بَعْدَ قَطْعِ الْأُصْبُعِ لِأَنَّ الْكَفَّ صَارَتْ مَعِيبَةً بِقَطْعِ الْأُصْبُعِ فَوَجَدَ حَقَّهُ نَاقِصًا فَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ كَالْأَشَلِّ إذَا قَطَعَ يَدَ الصَّحِيحِ

وَإِنْ جَاءَا مُتَفَرِّقَيْنِ فَإِنْ جاء صَاحِبُ الْيَدِ وَصَاحِبُ الْأُصْبُعِ غَائِبٌ تُقْطَعْ الْيَدُ لِصَاحِبِ الْيَدِ لِأَنَّ حَقَّ صَاحِبَ الْيَدِ ثَابِتٌ في الْيَدِ فَلَا يَجُوزُ مَنْعُهُ من اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ لِحَقٍّ غَائِبٍ يُحْتَمَلُ أَنْ يَحْضُرَ وَيُطَالَبَ وَيُحْتَمَلُ

---

أَنْ لَا يَحْضُرَ وَلَا يُطَالِبَ فَإِنْ جاء صَاحِبُ الْأُصْبُعِ بَعْدَ ذلك أَخَذَ الْأَرْشَ لِتَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ عليه بَعْدَ ثُبُوتِهِ فَيَأْخُذُ بَدَلَهُ وَلِأَنَّ الْقَاطِعَ قَضَى بِطَرَفِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا عليه فَصَارَ كَأَنَّهُ قَائِمٌ وَتَعَذَّرَ الِاسْتِيفَاءُ لِمَانِعٍ فَيَلْزَمُهُ الْأَرْشُ

وَإِنْ جاء صَاحِبُ الْأُصْبُعِ وَصَاحِبُ الْيَدِ غَائِبٌ تُقْطَعُ الْأُصْبُعُ لِصَاحِبِ الْأُصْبُعِ لِمَا ذَكَرْنَا في صَاحِبِ الْيَدِ

ثُمَّ إذَا جاء صَاحِبُ الْيَدِ بَعْدَ ذلك أَخَذَ الْأَرْشَ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ قَطَعَ أُصْبُعَ رَجُلٍ من مَفْصِلٍ ثُمَّ قَطَعَ أُصْبُعَ رَجُلٍ آخَرَ من مَفْصِلَيْنِ ثُمَّ قَطَعَ أُصْبُعَ آخَرَ كُلَّهَا وَذَلِكَ كُلُّهُ في أُصْبُعٍ وَاحِدَةٍ فَهُوَ على التَّفْصِيلِ الذي ذَكَرْنَا إن الْأَمْرَ لَا يَخْلُو إمَّا إنْ جاؤوا جميعا يَطْلُبُونَ الْقِصَاصَ وَإِمَّا إنْ جاؤوا مُتَفَرِّقِينَ فَإِنْ جاؤوا جميعا يُبْدَأُ بِقَطْعِ الْمَفْصِلِ الْأَعْلَى لِصَاحِبِ الْأَعْلَى ثُمَّ يُخَيَّرُ صَاحِبُ الْمَفْصِلَيْنِ فَإِنْ شَاءَ اسْتَوْفَى الْأَوْسَطَ بِحَقِّهِ كُلِّهِ وَلَا شَيْءَ له من الْأَرْشِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ثُلُثَيْ دِيَةَ أُصْبُعِهِ من مَالِهِ ثُمَّ يُخَيَّرُ صَاحِبُ الْأُصْبُعِ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ما بَقِيَ بِأُصْبُعِهِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ دِيَةَ أُصْبُعِهِ من مَالِ الذي قَطَعَهَا وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ حَقَّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا في مِثْلِ ما قُطِعَ منه فَيَجِبُ إيفَاءُ حُقُوقِهِمْ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَذَلِكَ في الْبِدَايَةِ بِمَا لَا يُسْقِطُ حَقَّ بَعْضِهِمْ وهو أَنْ يُبْدَأَ بِقَطْعِ الْمَفْصِلِ الْأَعْلَى لِصَاحِبِ الْأَعْلَى

لِأَنَّ الْبِدَايَةَ لَا تُبْطِلُ حَقَّ الْبَاقِينَ في الْقِصَاصِ أَصْلًا لِإِمْكَانِ اسْتِيفَاءِ حقهما ( ( ( حقيهما ) ) ) مع النُّقْصَانِ وفي الْبِدَايَةِ بِالْقِصَاصِ في الْأُصْبُعِ إبْطَالُ حَقِّ الْبَاقِينَ أَصْلًا وَرُبَّ رَجُلٍ يَخْتَارُ الْقِصَاصَ وَإِنْ كان نَاقِصًا تَشَفِّيًا لِلصَّدْرِ

وإذا قُطِعَ منه الْمَفْصِلُ الْأَعْلَى لِصَاحِبِ الْأَعْلَى يُخَيَّرُ الْبَاقِيَانِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَجَدَ حَقَّهُ نَاقِصًا لِحُدُوثِ الْعَيْبِ بِالطَّرَفِ

وَإِنْ جاؤوا مُتَفَرِّقِينَ فَإِنْ جاء صَاحِبُ الْأُصْبُعِ أَوَّلًا تُقْطَعُ له الْأُصْبُعُ لِمَا ذَكَرْنَا في الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ فإذا جاء الْبَاقِيَانِ بَعْدَ ذلك يُقْضَى لَهُمَا بِالْأَرْشِ لِصَاحِبِ الْمَفْصِلِ الْأَعْلَى ثُلُثُ دِيَةِ الْأُصْبُعِ وَلِصَاحِبِ الْمَفْصِلَيْنِ ثُلُثَا دِيَةِ الْأُصْبُعِ لِمَا قُلْنَا

وَإِنْ جاء صَاحِبُ الْمَفْصِلَيْنِ أَوَّلًا يُقْطَعُ له الْمَفْصِلَانِ لِمَا ذَكَرْنَا في الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ وَيُقْضَى لِصَاحِبِ الْمَفْصِلِ الْأَعْلَى بِالْأَرْشِ لِمَا مَرَّ وَصَاحِبُ الْأُصْبُعِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ ما بَقِيَ وَاسْتَوْفَى حَقَّهُ نَاقِصًا وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ دِيَةَ الْأُصْبُعِ لِمَا مَرَّ

وَإِنْ جاء صَاحِبُ الْأَعْلَى أَوَّلًا فَهُوَ كما إذَا جاؤوا مَعًا وقد ذَكَرنَا حُكْمَهُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَلَوْ قَطَعَ كَفَّ رَجُلٍ من مَفْصِلٍ ثُمَّ قَطَعَ يَدَ آخَرَ من الْمِرْفَقِ أو بَدَأَ بِالْمِرْفَقِ ثُمَّ بِالْكَفِّ وَهُمَا في يَدٍ وَاحِدَةٍ في الْيَمِينِ أو في الْيَسَارِ ثُمَّ اجْتَمَعَا فإن الْكَفَّ يُقْطَعُ لِصَاحِبِ الْكَفِّ ثُمَّ يُخَيَّرُ صَاحِبُ الْمِرْفَقِ فَإِنْ شَاءَ قَطَعَ ما بَقِيَ بِحَقِّهِ كُلِّهِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْشَ لِمَا بَيَّنَّا

وَإِنْ جاء أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ غَائِبٌ فَإِنْ جاء صَاحِبُ الْكَفِّ قُطِعَ له الْكَفُّ وَلَا يُنْتَظَرُ الْغَائِبُ لِمَا مَرَّ ثُمَّ إذَا جاء صَاحِبُ الْمِرْفَقِ أَخَذَ الْأَرْشَ وَإِنْ جاء صَاحِبُ الْمِرْفَقِ أَوَّلًا يُقْطَعُ له الْمِرْفَقُ أَوَّلًا ثُمَّ إذَا جاء صَاحِبُ الْيَدِ بَعْدَ ذلك يَأْخُذُ أَرْشَ الْيَدِ

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ قَطَعَ الْمَفْصِلَ الْأَعْلَى من سَبَّابَةِ رَجُلٍ ثُمَّ عَادَ فَقَطَعَ الْمَفْصِلَ الثَّانِيَ منها فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ من الْمَفْصِلِ الْأَوَّلِ وَلَا قِصَاصَ عليه في الْمَفْصِلِ الثَّانِي وَعَلَيْهِ قِيمَةُ الْأَرْشِ

وَكَذَلِكَ لو قَطَعَ أُصْبُعَ رَجُلٍ من أَصْلِهَا ثُمَّ قَطَعَ الْكَفَّ التي منها الْأُصْبُعُ كان عليه الْقِصَاصُ في الْأُصْبُعِ وَلَا قِصَاصَ عليه في الْكَفِّ وَعَلَيْهِ الْأَرْشُ في الْكَفِّ

نَاقِصَةً بِأُصْبُعٍ
وَكَذَلِكَ لو قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ وَهِيَ صَحِيحَةٌ ثُمَّ قَطَعَ سَاعِدَهُ من الْمِرْفَقِ من الْيَدِ التي قَطَعَ منها الْكَفَّ عليه في الْيَدِ الْقِصَاصُ وَلَا قِصَاصَ عليه في السَّاعِدِ بَلْ فيه أَرْشُ حُكُومَةٍ
كَذَا رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه ولم يُفَصِّلْ بين ما إذَا كانت الْجِنَايَةُ الثَّانِيَةُ بَعْدَ بُرْءِ الْأُولَى أو قَبْلَهَا
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى إذَا كانت الثَّانِيَةُ بَعْدَ بُرْءِ الْأُولَى فَهُمَا جِنَايَتَانِ مُتَفَرِّقَتَانِ وَإِنْ كانت قبل الْبُرْءِ فَهِيَ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ
ذَكَرَ قَوْلَهُمَا في الزِّيَادَاتِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْجِنَايَتَيْنِ إذَا كَانَتَا قبل الْبُرْءِ فَهُمَا في حُكْمِ جِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ بِدَلِيلِ أَنَّ من قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَأً ثُمَّ قَتَلَهُ وَجَبَتْ عليه دِيَةٌ وَاحِدَةٌ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَطَعَ الْمَفْصِلَيْنِ مَعًا بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ فَيَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِمَا
وإذا بَرِئَتْ الْأُولَى فَقَدْ اسْتَقَرَّتْ وَاسْتَقَرَّ حُكْمُهَا فَكَانَتْ الثَّانِيَةُ جِنَايَةً مُفْرَدَةً في مَفْصِلٍ مُفْرَدٍ فَتُفْرَدُ بِحُكْمِهَا فَيَجِبُ الْقِصَاصُ في الْأُولَى وَالْأَرْشُ في الثَّانِيَةِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه إن وَقْتَ قَطْعِ الْمَفْصِلِ الْأَعْلَى كانت الْأُصْبُعَانِ صَحِيحَتَيْنِ أعلى ( ( ( أعني ) ) ) أُصْبُعَ الْقَاطِعِ وَالْمَقْطُوعِ له الْمَفْصِلُ أَوَّلًا فَكَانَتْ بين الْأُصْبُعَيْنِ مُمَاثَلَةٌ فَأَمْكَنَ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ على وَجْهِ الْمُمَاثَلَةِ ولم يَكُنْ بَيْنَهُمَا مُمَاثَلَةٌ وَقْتَ قَطْعِ الْمَفْصِلِ الثَّانِي لِأَنَّ

---



---

أُصْبُعَ الْقَاطِعِ كَامِلٌ وَقْتَ الْقَطْعِ فَيَكُونُ اسْتِيفَاءَ الْكَامِلِ بِالنَّاقِصِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ
فَإِنْ قِيلَ وَقْتُ قَطْعِ الْمَفْصِلِ كان الْقِصَاصُ مُسْتَحَقًّا في الْمَفْصِلِ الْأَعْلَى من الْقَاطِعِ وَالْمُسْتَحَقُّ كالمستوفي فَكَانَ اسْتِيفَاءَ النَّاقِصِ بِالنَّاقِصِ
فَالْجَوَابُ عنه من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا إنَّ نَفْسَ الِاسْتِحْقَاقِ لَا يُوجِبُ النُّقْصَانَ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو جاء الْأَجْنَبِيُّ وَقَطَعَ ذلك الْمَفْصِلَ عَمْدًا وَجَبَ الْقِصَاصُ عليه وَلَوْ ثَبَتَ الْقِصَاصُ بِنَفْسِ الِاسْتِحْقَاقِ لَمَا وَجَبَ فَثَبَتَ أَنَّ النُّقْصَانَ لَا يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الِاسْتِحْقَاقِ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بِالِاسْتِيفَاءِ ولم يُوجَدْ فَلَوْ وَجَبَ النُّقْصَانُ لَكَانَ اسْتِيفَاءَ الْكَامِلِ بِالنَّاقِصِ
وَالثَّانِي إنْ سَلَّمَ إن النُّقْصَانَ يَثْبُتُ بِنَفْسِ الِاسْتِحْقَاقِ وَالْوُجُوبِ لَكِنْ حُكْمًا لَا حَقِيقَةً وَالْأَوَّلُ نَاقِصٌ حَقِيقَةً فلم يَكُنْ بَيْنَهُمَا مُمَاثَلَةٌ
وَلَوْ قَطَعَ الْمَفْصِلَ الْأَعْلَى منها فَاقْتُصَّ منه ثُمَّ قَطَعَ الْمَفْصِلَ الثَّانِيَ وبريء أُقْتُصَّ منه لِأَنَّ أُصْبُعَ الْقَاطِعِ كانت نَاقِصَةً وَقْتَ قَطْعِ الْمَفْصِلِ الثَّانِي فَيَكُونُ اسْتِيفَاءَ النَّاقِصِ بِالنَّاقِصِ فَتَحَقَّقَتْ الْمُمَاثَلَةُ
وَلَوْ كان غَيْرُهُ قَطَعَ الْمَفْصِلَ الْأَعْلَى منها ثُمَّ قَطَعَ هو الْمَفْصِلَ الثَّانِيَ منها فَلَا قِصَاصَ عليه لِانْعِدَامِ الْمُسَاوَاةِ بين أُصْبُعِ الْقَاطِعِ وَالْمَقْطُوعِ وَعَلَيْهِ ثُلُثُ دِيَةِ الْيَدِ وَلَوْ قَطَعَ الْمَفْصِلَ الْأَعْلَى فبرأ ( ( ( فبرئ ) ) ) ثُمَّ قَطَعَ الْمَفْصِلَ الثَّانِيَ فَمَاتَ فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ قَطَعَ الْمَفْصِلَ ثُمَّ قَتَلَ لِأَنَّ فيه اسْتِيفَاءُ مِثْلِ حَقِّهِ في الْقَطْعِ وَالْقَتْلِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ الْمَفْصِلَ وَقَتَلَ لِأَنَّ في إتْلَافِ النَّفْسِ

إتْلَافُ الطَّرَفِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ حَاصِلًا بِخِلَافِ ما إذَا كانت الْجِنَايَتَانِ من رَجُلَيْنِ فَمَاتَ من إحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى أَنَّهُ إنْ كان ذلك كُلُّهُ عَمْدًا فَعَلَى صَاحِبِ النَّفْسِ الْقِصَاصُ في النَّفْسِ وَعَلَى صَاحِبِ الْجِنَايَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ الْقِصَاصُ في ذلك إنْ كان يُسْتَطَاعُ وَإِنْ كان لَا يُسْتَطَاعُ فَالْأَرْشُ وَإِنْ كان ذلك خَطَأً فَعَلَى صَاحِبِ النَّفْسِ دِيَةُ النَّفْسِ وَعَلَى صَاحِبِ الْجِرَاحَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ أَرْشُ ذلك وَإِنْ كان أَحَدُهُمَا عَمْدًا وَالْآخَرُ خَطَأً فَعَلَى الْعَامِدِ الْقِصَاصُ وَعَلَى الخاطىء الْأَرْشُ وَلَا يَدْخُلُ أَحَدُهُمَا في الْآخَرِ

سَوَاءٌ كان بَعْدَ الْبُرْءِ أو قبل الْبُرْءِ وَلِأَنَّ الْجِنَايَتَيْنِ إذَا كَانَتَا من شَخْصٍ وَاحِدٍ يُمْكِنُ جَعْلُهُمَا كَجِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ كَأَنَّهُمَا حَصَلَا بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ وإذا كَانَتَا من شَخْصَيْنِ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَا كَجِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّ جَعْلَ فِعْلِ أَحَدِهِمَا فِعْلُ الْآخَرِ لَا يُتَصَوَّرُ فَلَا بُدَّ أَنْ نَعْتَبِرَ فِعْلَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِانْفِرَادِهِ سَوَاءٌ برأت ( ( ( برئت ) ) ) الْجِنَايَةُ الْأُولَى أو لم تَبْرَأْ على ما نُبَيِّنُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَلَوْ قَطَعَ من رَجُلٍ نِصْفَ الْمَفْصِلِ الْأَعْلَى من السَّبَّابَةِ ثُمَّ قَطَعَ نِصْفَ الْمَفْصِلِ الْبَاقِي إنْ كان قبل الْبُرْءِ يُقْتَصُّ منه فَيَقْطَعُ منه الْمَفْصِلُ كُلُّهُ لِأَنَّهُ إذَا كان قبل الْبُرْءِ صَارَ كَأَنَّهُ قَطَعَ الْمَفْصِلَيْنِ جميعا بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ

وَلَوْ كان كَذَلِكَ يُقْتَصُّ منه وَيُقْطَعُ منه الْمَفْصِلُ كُلُّهُ كَذَا هذا

وَإِنْ كان بَعْدَ الْبُرْءِ لَا يُقْتَصُّ منه وَتَجِبُ حُكُومَةُ الْعَدْلِ في كل نِصْفٍ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ من نِصْفِ الْمَفْصِلِ وَلَيْسَ له أَرْشٌ مُقَدَّرٌ فَتَجِبُ حُكُومَةُ الْعَدْلِ

وَلَوْ قَطَعَ من رَجُلٍ نِصْفَ الْمَفْصِلِ الْأَعْلَى من السَّبَّابَةِ ثُمَّ عَادَ فَقَطَعَ الْمَفْصِلَ الثَّانِيَ فَإِنْ كان قبل الْبُرْءِ فَلَا قِصَاصَ عليه وَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ في الْمَفْصِلِ وَالْحُكُومَةُ في نِصْفِ الْمَفْصِلِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَأَنَّهُ قَطَعَهُمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً وَلَوْ فَعَلَ ذلك لَا قِصَاصَ عليه لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ بِصِفَةِ الْمُمَاثَلَةِ فَكَانَ عليه الْأَرْشُ في الْمَفْصِلِ وَحُكُومَةُ الْعَدْلِ في نِصْفِ الْمَفْصِلِ كَذَا هذا

وَإِنْ كان بَعْدَ الْبُرْءِ يَجِبُ الْقِصَاصُ في الْمَفْصِلِ وَحُكُومَةُ الْعَدْلِ في نِصْفِ الْمَفْصِلِ لِأَنَّهُ إذَا بريء الْأَوَّلُ فَقَدْ اسْتَقَرَّ حُكْمُهُ

وَالِاسْتِيفَاءُ بِصِفَةِ الْمُمَاثَلَةِ مُمْكِنٌ فَثَبَتَ وِلَايَةُ الِاسْتِيفَاءِ فَلَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ في نِصْفِ الْمَفْصِلِ وَلَيْسَ له أَرْشٌ مُقَدَّرٌ فَتَجِبُ فيه حُكُومَةُ الْعَدْلِ

وَلَوْ قَطَعَ من رَجُلٍ يَمِينَهُ من الْمَفْصِلِ فَاقْتُصَّ منه ثُمَّ إنَّ أَحَدَهُمَا قَطَعَ من الْآخَرِ الذِّرَاعَ من الْمَرْفِقِ فَلَا قِصَاصَ فيه وَفِيهِ حُكُومَةُ الْعَدْلِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ

وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ

كَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي الْخِلَافَ في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ

وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ عليه الرَّحْمَةُ الْخِلَافَ بين أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رضي اللَّهُ عنهما

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَزُفَرَ أَنَّ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ على سَبِيلِ الْمُمَاثَلَةِ مُمْكِنٌ لِأَنَّ الْمَحَلَّيْنِ اسْتَوَيَا وَالْمِرْفَقُ مَفْصِلٌ فَكَانَ الْمِثْلُ مَقْدُورَ الِاسْتِيفَاءِ فَلَا مَعْنَى لِلْمَصِيرِ إلَى الْحُكُومَةِ كما لو قَطَعَ يَدَ إنْسَانٍ من مَفْصِلِ الزَّنْدِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ إن الْقِصَاصَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ يَعْتَمِدُ الْمُسَاوَاةَ في الْأَرْشِ لِأَنَّ ما دُونَ النَّفْسِ يُسْلَكُ بِهِ مَسْلَكُ الْأَمْوَالِ لِمَا بَيَّنَّا وَالْمُسَاوَاةُ في إتْلَافِ الْأَمْوَالِ مُعْتَبَرَةٌ وَلِهَذَا لَا يَجْرِي الْقِصَاصُ بين طَرَفَيْ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى وَالْحُرِّ وَالْعَبْدِ

---

لِاخْتِلَافِ الْأَرْشِ
وَهَهُنَا لَا يُعْرَفُ التَّسَاوِي في الْأَرْشِ لِأَنَّ أَرْشَ الذِّرَاعِ حُكُومَةُ الْعَدْلِ وَذَلِكَ يَكُونُ بِالحرز ( ( ( بالحزر ) ) ) وَالظَّنِّ فَلَا يُعْرَفُ التَّسَاوِي بين أَرْشَيْهِمَا لِأَنَّ قَطْعَ الْكَفِّ يُوجِبُ وَهْنَ السَّاعِدِ وَضَعْفِهِ وَلَيْسَ له أَرْشٌ مُقَدَّرٌ وَقِيمَةُ الْوَهْنِ وَالضَّعْفِ فيه لَا تُعْرَفُ إلَّا بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ فَلَا تُعْرَفُ الْمُمَاثَلَةُ بين أرش ( ( ( أرشي ) ) ) السَّاعِدَيْنِ فَيَمْتَنِعُ وُجُوبُ الْقِصَاصِ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا قُطِعَ يَدُ رَجُلٍ وَفِيهَا أُصْبُعٌ زَائِدَةٌ وفي يَدِ الْقَاطِعِ أُصْبُعٌ زَائِدَةٌ مِثْلُ ذلك إنه لَا قِصَاصَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَفِيهِمَا حُكُومَةُ الْعَدْلِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَجِبُ الْقِصَاصُ لِوُجُودِ الْمُسَاوَاةِ بين الْيَدَيْنِ
وَلَهُمَا إن الْأُصْبُعَ الزَّائِدَةُ في الْكَفِّ نَقْصٌ فيها وَعَيْبٌ وهو نَقْصٌ يَعْرِفُ بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ فَلَا تُعْرَفُ الْمُمَاثَلَةُ بين الْكَفَّيْنِ
وَلَوْ قَطَعَ أُصْبُعًا زَائِدَةً وفي يَدِهِ مِثْلُهَا فَلَا قِصَاصَ عليه بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْأُصْبُعَ الزَّائِدَةَ في مَعْنَى التَّزَلْزُلِ وَلَا قِصَاصَ في الْمُتَزَلْزِلِ وَلِأَنَّهَا نَقْصٌ وَلَا تُعْرَفُ قِيمَةُ النُّقْصَانِ إلَّا بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ وَلِأَنَّهُ ليس لَهُمَا أَرْشٌ مُقَدَّرٌ فَلَا تُعْرَفُ الْمُمَاثَلَةُ
وَلَوْ قَطَعَ الْكَفَّ التي فيها أُصْبُعٌ زَائِدَةٌ فَإِنْ كانت تِلْكَ الْأُصْبُعُ تُوهِنُ الْكَفَّ وَتَنْقُصُهَا فَلَا قِصَاصَ فيها وَإِنْ كانت لَا تَنْقُصُهَا فَفِيهَا الْقِصَاصُ وَلَا قِصَاصَ بين الْأَشَلَّيْنِ
كَذَا رَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ سَوَاءٌ كانت يَدُ الْمَقْطُوعَةِ يَدُهُ أَقَلَّهُمَا شَلَلًا أو أكثرهما ( ( ( أكثر ) ) ) أو هُمَا سَوَاءٌ وهو قَوْلِ أبي يُوسُفَ
وقال زُفَرُ إنْ كَانَا سَوَاءً فَفِيهِمَا الْقِصَاصُ وَإِنْ كانت يَدُ الْمَقْطُوعَةِ يَدُهُ أَقَلَّهُمَا شَلَلًا كان بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ قَطَعَ يَدَ الْقَاطِعِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ أَرْشَ يَدِهِ شَلَّاءَ وَإِنْ كانت يَدُ الْمَقْطُوعَةِ يَدُهُ أَكْثَرَهُمَا شَلَلًا فَلَا قِصَاصَ وَلَهُ أَرْشُ يَدِهِ وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِأَنَّ بَعْضَ الشَّلَلِ في يَدَيْهِمَا يُوجِبُ اخْتِلَافَ أَرْشَيْهِمَا وَذَلِكَ يُعْرَفُ بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ فَلَا تُعْرَف الْمُمَاثَلَةُ
وَكَذَلِكَ مَقْطُوعُ الْإِبْهَامِ كُلِّهَا إذَا قَطَعَ يَدًا مِثْلَ يَدِهِ لم يَكُنْ بَيْنَهُمَا قِصَاصٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ قَطْعَ الْإِبْهَامِ يُوهِنُ الْكَفَّ وَيُسْقِطُ تَقْدِيرَ الْأَرْشِ فَلَا يُعْرَفُ إلَّا بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ فَلَا تُعْرَفُ الْمُمَاثَلَةُ
وَلَوْ قَطَعَ يَدُ رَجُلٍ ثُمَّ قَتَلَهُ فَإِنْ كان بَعْدَ الْبُرْءِ لَا تَدْخُلُ الْيَدُ في النَّفْسِ بِلَا خِلَافٍ وَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ قَطَعَ يَدَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ وَإِنْ شَاءَ اكْتَفَى بِالْقَتْلِ وَإِنْ شَاءَ عفى ( ( ( عفا ) ) ) عن النَّفْسِ وَقَطَعَ يَدَهُ وَإِنْ كان قبل الْبُرْءِ فَكَذَلِكَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وفي قَوْلِهِمَا تَدْخُلُ الْيَدُ في النَّفْسِ وَلَهُ أَنْ يَقْتُلَهُ وَلَيْسَ له أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْجِنَايَةَ على ما دُونَ النَّفْسِ إذَا لم يَتَّصِلْ بها الْبُرْءُ لَا حُكْمَ لها مع الْجِنَايَةِ على النَّفْسِ في الشَّرِيعَةِ بَلْ يَدْخُلُ ما دُونَ النَّفْسِ في النَّفْسِ كما إذَا قَطَعَ يَدَهُ خَطَأً ثُمَّ قَتَلَهُ قبل الْبُرْءِ حتى لَا يَجِبَ عليه إلَّا دِيَةُ النَّفْسِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ حَقَّ الْمَجْنِيِّ عليه في الْمِثْلِ وَذَلِكَ في الْقَطْعِ وَالْقَتْلِ وَالِاسْتِيفَاءُ بِصِفَةِ الْمُمَاثَلَةِ مُمْكِنٌ فإذا قَطَعَ الْمَوْلَى يَدَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ كان مُسْتَوْفِيًا لِلْمِثْلِ فَيَكُونُ الْجَزَاءُ مِثْلَ الْجِنَايَةِ جَزَاءً
وِفَاقًا بِخِلَافِ الْخَطَأِ لِأَنَّ الْمِثْلَ هُنَاكَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بَلْ الْمُسْتَحَقُّ غَيْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّ

الْمَالَ ليس بِمِثْلِ النَّفْسِ وكان يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجِبَ أَصْلًا إلَّا أَنَّ وُجُوبَهُ ثَبَتَ مَعْدُولًا بِهِ عن الْأَصْلِ عِنْدَ اسْتِقْرَارِ سَبَبِ الْوُجُوبِ فَبَقِيَتْ الزِّيَادَةُ حَالَ عَدَمِ اسْتِقْرَارِ السَّبَبِ لِعَدَمِ الْبُرْءِ مَرْدُودَةً إلَى حُكْمِ الْأَصْلِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
هذا إذَا كَانَا جميعا عَمْدًا فَأَمَّا إذَا كَانَا جميعا خَطَأً فَإِنْ كان بَعْدَ الْبُرْءِ لَا يَدْخُلُ ما دُونَ النَّفْسِ في النَّفْسِ وَتَجِبُ دِيَةٌ كَامِلَةٌ وَنِصْفُ دِيَةٍ تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ وَتُؤَدَّى في ثَلَاثِ سِنِينَ في السَّنَةِ الْأُولَى ثُلُثَا الدِّيَةِ ثُلُثٌ من الدِّيَةِ الْكَامِلَةِ وَثُلُثٌ من نِصْفِ الدِّيَةِ وفي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ نِصْفُ الدِّيَةِ ثُلُثٌ من الدِّيَةِ الْكَامِلَةِ وَسُدُسٌ من النِّصْفِ وفي السَّنَةِ الثَّالِثَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ لِأَنَّ الدِّيَةَ الْكَامِلَةَ تُؤَدَّى في ثَلَاثِ سِنِينَ وَنِصْفُ الدِّيَةِ يُؤَدَّى في سَنَتَيْنِ من الثَّلَاثِ وَهَذَا يُوجِبُ أَنْ يَكُونَ قَدْرُ المؤدي مِنْهُمَا وَإِنَّمَا لم يَدْخُلْ ما دُونَ النَّفْسِ في النَّفْسِ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَمَّا برأ فَقَدْ اسْتَقَرَّ حُكْمُهُ فَكَانَ الْبَاقِي جِنَايَةَ مبتدأة ( ( ( مبتدأ ) ) ) فَيُبْتَدَأُ بِحُكْمِهَا وَإِنْ كان قبل الْبُرْءِ يَدْخُلُ ما دُونَ النَّفْسِ في النَّفْسِ وتجب ( ( ( ويجب ) ) ) دِيَةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ حُكْمَ الْأَوَّلِ لم يَسْتَقِرَّ
وَإِنْ كان أَحَدُهُمَا عَمْدًا وَالْآخَرُ خَطَأً لَا يَدْخُلُ ما دُونَ النَّفْسِ في النَّفْسِ بَلْ يُعْتَبَرُ كُلُّ واحد ( ( ( واحدة ) ) ) مِنْهُمَا بِحُكْمِهِ سَوَاءٌ كان بَعْدَ الْبُرْءِ أو قَبْلَهُ لِأَنَّ الْعَمْدَ مع الْخَطَأِ جِنَايَتَانِ مختلفتان ( ( ( مختلفان ) ) ) فَلَا يُحْتَمَلَانِ التَّدَاخُلَ فَيُعْطَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُكْمُ نَفْسِهَا فَيَجِبُ في الْعَمْدِ الْقِصَاصُ وفي الْخَطَأِ الْأَرْشُ
هذا كُلُّهُ إذَا كان الْجَانِي وَاحِدًا فَقَطَعَ ثُمَّ قَتَلَ فَأَمَّا إذَا كَانَا اثْنَيْنِ فَقَطَعَ أَحَدُهُمَا يَدَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ الْآخَرُ فَلَا يَدْخُلُ ما دُونَ النَّفْسِ في النَّفْسِ كيف ما كان بَعْدَ الْبُرْءِ أو قَبْلَهُ لِأَنَّ الْأَصْلَ اعْتِبَارُ كل جِنَايَةٍ بِحِيَالِهَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جِنَايَةٌ على حِدَةٍ فَكَانَ الْأَصْلُ عَدَمَ التَّدَاخُلِ

---



---

وَإِفْرَادُ كل جِنَايَةٍ بِحُكْمِهَا إلَّا أَنَّ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجَانِي وَعَدَمِ الْبُرْءِ قد يُجْعَلَانِ كَجِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ كَأَنَّهُمَا حَصَلَا بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ تَقْدِيرًا وَلَا يُمْكِنُ هذا التَّقْدِيرُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجَانِي لِاسْتِحَالَةِ أَنْ يَكُونَ فِعْلُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِعْلًا لِصَاحِبِهِ حَقِيقَةً فَتَعَذَّرَ التَّقْدِيرُ فَبَقِيَ فِعْلُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا جِنَايَةً مُفْرَدَةً حَقِيقَةً وَتَقْدِيرًا فَيُفْرَدُ حُكْمُهَا فَإِنْ كَانَتَا جميعا عَمْدًا يَجِبُ الْقِصَاصُ على كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من الْقَطْعِ وَالْقَتْلِ
وَإِنْ كَانَتَا جميعا خَطَأً يَجِبُ الدِّيَةُ عَلَيْهِمَا يَتَحَمَّلُ عنهما عَاقِلَتُهُمَا في الْقَطْعِ وَالْقَتْلِ وَإِنْ كان أَحَدُهُمَا عَمْدًا وَالْآخَرُ خَطَأً يَجِبُ الْقِصَاصُ في الْعَمْدِ وَالْأَرْشُ في الْخَطَأِ
وَلَوْ قَطَعَ أُصْبُعَ يَدِ رَجُلٍ عَمْدًا وَقَطَعَ آخَرُ يَدَهُ من الزَّنْدِ فَمَاتَ فَالْقِصَاصُ على الثَّانِي في قَوْلِ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ
وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِمَا جميعا وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ إن السِّرَايَةَ بِاعْتِبَارِ الْأَلَمِ وَالْقَطْعُ الْأَوَّلُ اتَّصَلَ أَلَمُهُ بِالنَّفْسِ وَتَكَامَلَ بِالثَّانِي فَكَانَتْ السِّرَايَةُ مُضَافَةً إلَى الْفِعْلَيْنِ فَيَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا وَلَنَا أَنَّ السِّرَايَةَ بِاعْتِبَارِ الْآلَامِ الْمُتَرَادِفَةِ التي لَا تَتَحَمَّلُهَا النَّفْسُ إلَى أَنْ يَمُوتَ

وَقَطْعُ الْيَدِ يَمْنَعُ وُصُولَ الْأَلَمِ من الْأُصْبُعِ إلَى النَّفْسِ فَكَانَ قَطْعًا لِلسِّرَايَةِ فَبَقِيَتْ السِّرَايَةُ مُضَافَةً إلَى قَطْعِ الْيَدِ وَصَارَ كما لو قَطَعَ الْأُصْبُعَ فَبَرِئَتْ ثُمَّ قَطَعَ آخَرُ يَدَهُ فَمَاتَ وَهُنَاكَ الْقِصَاصُ على الثَّانِي كَذَا هذا بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الْقَطْعَ في الْمَنْعِ من الْأَثَرِ وهو وُصُولُ الْأَلَمِ إلَى النَّفْسِ فَوْقَ الْبُرْءِ إذْ الْبُرْءُ يَحْتَمِلُ الِانْتِقَاضَ وَالْقَطْعُ لَا يَحْتَمِلُ ثُمَّ زَوَالُ الْأَثَرِ بِالْبُرْءِ يَقْطَعُ السِّرَايَةَ فَزَوَالُهُ بِالْقَطْعِ كان أَوْلَى وَأَحْرَى

وَلَوْ جَنَى على ما دُونَ النَّفْسِ فَسَرَى فَالسِّرَايَةُ لَا تَخْلُو إمَّا إنْ كانت إلَى النَّفْسِ وَإِمَّا إنْ كانت إلَى عُضْوٍ آخَرَ فَإِنْ كانت إلَى النَّفْسِ فَالْجَانِي لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ كان مُتَعَدِّيًا في الْجِنَايَةِ وَإِمَّا إنْ لم يَكُنْ فَإِنْ كان مُتَعَدِّيًا في الْجِنَايَةِ وَالْجِنَايَةُ بِحَدِيدٍ أو بِخَشَبَةٍ تَعْمَلُ عَمَلَ السِّلَاحِ فَمَاتَ من ذلك فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ سَوَاءٌ كانت الْجِنَايَةُ مِمَّا تُوجِبُ الْقِصَاصَ لو بَرِئَتْ أولا تُوجِبُ كما إذَا قَطَعَ يَدَ إنْسَانٍ من الزَّنْدِ أو من السَّاعِدِ أو شَجَّهُ مُوضِحَةً أو آمَّةً أو جَائِفَةً أو أَبَانَ طَرَفًا من أَطْرَافِهِ أو جَرَحَهُ جِرَاحَةً مُطْلَقَةً فَمَاتَ من ذلك فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ لِأَنَّهُ لَمَّا سَرَى بَطَلَ حُكْمُ ما دُونَ النَّفْسِ وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ قَتْلًا من حِينِ وُجُودِهِ وَلِلْوَلِيِّ أَنْ يَقْتُلَهُ وَلَيْسَ له أَنْ يَفْعَلَ بِهِ مِثْلَ ما فَعَلَ حتى لو كان قَطَعَ يَدَهُ ليس له أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ عِنْدَنَا

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَفْعَلُ بِهِ مِثْلَ ما فَعَلَ فَإِنْ مَاتَ من ذلك وَإِلَّا قَتَلَهُ

وَكَذَلِكَ إذَا قَطَعَ رَجُلٌ يَدَ رَجُلٍ وَرِجْلَيْهِ فَمَاتَ من ذلك تُحَزُّ رَقَبَتُهُ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يُفْعَلُ بِهِ مِثْلُ ما فَعَلَ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ فِيمَا تَقَدَّمَ

وَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ فَعَفَا الْمَقْطُوعُ عن الْقَطْعِ ثُمَّ سَرَى إلَى النَّفْسِ وَمَاتَ فَإِنْ عَفَا عن الْجِنَايَةِ أو عن الْقَطْعِ وما يَحْدُثُ منه أو الْجِرَاحَةُ وما يَحْدُثُ منها فَهُوَ عن النَّفْسِ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ عَفَا عن الْقَطْعِ أو الْجِرَاحَةِ ولم يَقُلْ وما يَحْدُثُ منها لَا يَكُونُ عَفْوًا عن النَّفْسِ وَعَلَى الْقَاطِعِ دِيَةُ النَّفْسِ في مَالِهِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وفي قَوْلِهِمَا يَكُونُ عَفْوًا عن النَّفْسِ وَلَا شَيْءَ عليه

وَالْمَسْأَلَةُ بِأَخَوَاتِهَا قد مَرَّتْ في مَسَائِلِ الْعَفْوِ عن الْقِصَاصِ في النَّفْسِ

وَلَوْ كان له على رَجُلٍ قِصَاصٌ في النَّفْسِ فَقَطَعَ يَدَهُ ثُمَّ عَفَا عن النَّفْسِ وبرأت ( ( ( وبرئت ) ) ) الْيَدُ ضَمِنَ دِيَةَ الْيَدِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ

وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لَا ضَمَانَ عليه

وَجْهُ قَوْلِهِمَا إنَّ نَفْسَ الْقَاتِلِ بِالْقَتْلِ صَارَتْ حَقًّا لِوَلِيِّ الْقَتِيلِ وَالنَّفْسُ اسْمٌ لِجُمْلَةِ الْأَجْزَاءِ فإذا قَطَعَ يَدَهُ فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّ نَفْسِهِ فَلَا يَضْمَنُ وَلِهَذَا لو قَطَعَ يَدَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ لَا يَجِبُ عليه ضَمَانُ الْيَدِ وَلَوْ لم تَكُنْ الْيَدُ حَقَّهُ لَوَجَبَ الضَّمَانُ عليه دَلَّ أَنَّهُ بِالْقَطْعِ اسْتَوْفَى حَقَّ نَفْسِهِ فَبَعْدَ ذلك إنْ عَفَا عن النَّفْسِ فَالْعَفْوُ يَنْصَرِفُ إلَى الْقَائِمِ لَا إلَى المستوفى كَمَنْ اسْتَوْفَى بَعْضَ دينه ( ( ( ديته ) ) ) ثُمَّ أَبْرَأَ الْغَرِيمَ إنَّ الْإِبْرَاءَ يَنْصَرِفُ إلَى ما بَقِيَ لَا إلَى المستوفى

كَذَا هذا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه إنَّ حَقَّ من له الْقِصَاصُ في الْفِعْلِ وهو الْقَتْلُ لَا في الْمَحَلِّ وهو النَّفْسُ أو يُقَالُ حَقُّهُ في النَّفْسِ لَكِنْ في الْقَتْلِ لَا في حَقِّ الْقَطْعِ لِأَنَّ حَقَّهُ في الْمِثْلِ وَالْمَوْجُودُ منه الْقَتْلُ لَا الْقَطْعُ وَمِثْلُ الْقَتْلِ هو الْقَتْلُ فَكَانَ أَجْنَبِيًّا عن الْيَدِ فإذا قَطَعَ الْيَدَ فَقَدْ اسْتَوْفَى ما ليس بِحَقٍّ له وهو مُتَقَوِّمٌ فَيَضْمَنُ وكان الْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ إلَّا أَنَّهُ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ فَتَجِبُ الدِّيَةُ إلَّا أَنَّهُ إذَا قَطَعَ الْيَدَ ثُمَّ قَتَلَهُ لَا يَجِبُ عليه ضَمَانُ الْيَدِ وَإِنْ كان مُتَعَدِّيًا في الْقَطْعِ مُسِيئًا فيه لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ لها مع إتْلَافِ النَّفْسِ بِالْقِصَاصِ فَلَا يَضْمَنُ كما

لو قَطَعَ يَدَ مُرْتَدٍّ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ وَإِنْ كان مُتَعَدِّيًا في الْقَطْعِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَلِأَنَّهُ كان مُخَيَّرًا بين الْقِصَاصِ وَبَيْنَ الْعَفْوِ فإذا عَفَا اسْتَنَدَ الْعَفْوُ إلَى الْأَصْلِ كَأَنَّهُ عَفَا ثُمَّ قَطَعَ فَكَانَ الْقَطْعُ اسْتِيفَاءَ غَيْرِ حَقِّهِ فَيَضْمَنُ
هذا إذَا كان مُتَعَدِّيًا في الْجِنَايَةِ على

---

*(7/304)*

---

ما دُونَ النَّفْسِ فَأَمَّا إذَا لم يَكُنْ مُتَعَدِّيًا فيها فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ لِلشُّبْهَةِ وَتَجِبُ الدِّيَةُ في بَعْضِهَا وَلَا تَجِبُ في الْبَعْضِ
وَبَيَانُ ذلك في مَسَائِلَ إذَا قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا حتى وَجَبَ عليه الْقِصَاصُ فَقَطَعَ الرَّجُلُ يَدَهُ فَمَاتَ من ذلك ضَمِنَ الدِّيَةَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وفي قَوْلِهِمَا لَا شَيْءَ عليه
وَلَوْ قَطَعَ الْإِمَامُ يَدَ السَّارِقِ فَمَاتَ منه لَا ضَمَانَ على الْإِمَامِ وَلَا على بَيْتِ الْمَالِ وَكَذَلِكَ الْفَصَّادُ وَالْبَزَّاغُ وَالْحَجَّامُ إذَا سَرَتْ جِرَاحَاتُهُمْ لَا ضَمَانَ عليهم بِالْإِجْمَاعِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن الْمَوْتَ حَصَلَ بِفِعْلٍ مَأْذُونٍ فيه وهو الْقَطْعُ فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا كَالْإِمَامِ إذَا قَطَعَ يد السَّارِقَ فَمَاتَ منه
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ اسْتَوْفَى غير حَقِّهِ لِأَنَّ حَقَّهُ في الْقَطْعِ وهو أتى بِالْقَتْلِ لِأَنَّ الْقَتْلَ اسْمٌ لِفِعْلٍ يُؤَثِّرُ في فَوَاتِ الْحَيَاةِ عَادَةً وقد وُجِدَ فَيَضْمَنُ كما إذَا قَطَعَ يَدَ إنْسَانٍ ظُلْمًا فَسَرَى إلَى النَّفْسِ وكان الْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ إلَّا أَنَّهُ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ فَتَجِبُ الدِّيَةَ
وَهَكَذَا نَقُولُ في الْإِمَامِ إن فِعْلَهُ وَقَعَ قَتْلًا إلَّا أَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى إيجَابِ الضَّمَانِ لِلضَّرُورَةِ لِأَنَّ إقَامَةَ الْحَدِّ مُسْتَحَقَّةٌ عليه وَالتَّحَرُّزَ عن السِّرَايَةِ ليس في وُسْعِهِ فَلَوْ أَوْجَبْنَا الضَّمَانَ لَامْتَنَعَ الْأَئِمَّةُ عن الْإِقَامَةِ خَوْفًا عن لُزُومِ الضَّمَانِ وَفِيهِ تَعْطِيلُ الْحُدُودِ وَالْقَطْعُ ليس بِمُسْتَحَقٍّ على من له الْقِصَاصُ بَلْ هو مُخَيَّرٌ فيه وَالْأَوْلَى هو الْعَفْوُ وَلَا ضَرُورَةَ إلَى إسْقَاطِ الضَّمَانِ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِهِ
وَلَوْ ضَرَبَ امْرَأَتَهُ لِلنُّشُوزِ فَمَاتَتْ منه يَضْمَنُ لِأَنَّ الْمَأْذُونَ فيه هو التَّأْدِيبُ لَا الْقَتْلُ وَلَمَّا اتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ قَتْلًا
وَلَوْ ضَرَبَ الْأَبُ أو الْوَصِيُّ الصَّبِيَّ لِلتَّأْدِيبِ فَمَاتَ ضَمِنَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وفي قَوْلِهِمَا لَا يَضْمَنُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْأَبَ وَالْوَصِيَّ مَأْذُونَانِ في تَأْدِيبِ الصَّبِيِّ وَتَهْذِيبِهِ وَالْمُتَوَلِّدُ من الْفِعْلِ الْمَأْذُونِ فيه لَا يَكُونُ مَضْمُونًا كما لو عَزَّرَ الْإِمَامُ إنْسَانًا فَمَاتَ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ التَّأْدِيبَ اسْمٌ لِفِعْلٍ يبقي الْمُؤَدَّبُ حَيًّا بَعْدَهُ فإذا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّهُ قَتْلٌ وَلَيْسَ بِتَأْدِيبٍ وَهُمَا غَيْرُ مَأْذُونَيْنِ في الْقَتْلِ
وَلَوْ ضَرَبَهُ الْمُعَلِّمُ أو الْأُسْتَاذُ فَمَاتَ إنْ كان الضَّرْبُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْأَبِ أو الْوَصِيِّ يَضْمَنُ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ في الضَّرْبِ وَالْمُتَوَلِّدُ منه يَكُونُ مَضْمُونًا عليه وَإِنْ كان بِإِذْنِهِ لَا يَضْمَنُ لِلضَّرُورَةِ لِأَنَّ الْمُعَلِّمَ إذَا عَلِمَ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الضَّمَانُ بِالسِّرَايَةِ وَلَيْسَ في وُسْعِهِ التَّحَرُّزُ عنها يَمْتَنِعُ عن التَّعْلِيمِ فَكَانَ في التَّضْمِينِ سَدُّ بَابِ التَّعْلِيمِ وَبِالنَّاسِ حَاجَةٌ إلَى ذلك فَسَقَطَ اعْتِبَارُ السِّرَايَةِ في حَقِّهِ لِهَذِهِ الضَّرُورَةِ وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ لم تُوجَدْ في الْأَبِ لِأَنَّ لُزُومَ الضَّمَانِ لَا يَمْنَعُهُ عن التَّأْدِيبِ لِفَرْطِ

شَفَقَتِهِ على وَلَدِهِ فَلَا يَسْقُطُ اعْتِبَارُ السِّرَايَةِ من غَيْرِ ضَرُورَةٍ
وَلَوْ قَطَعَ يَدَ مُرْتَدٍّ فَأَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَلَا شَيْءَ على الْقَاطِعِ
وَهَذَا يُؤَيِّدُ مَذْهَبَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه في اعْتِبَارِ وَقْتِ الْفِعْلِ وَالْأَصْلُ في هذا أَنَّ الْجِنَايَةَ إذَا وَرَدَتْ على ما ليس بِمَضْمُونٍ فَالسِّرَايَةُ لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً لِأَنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ بِالْفِعْلِ السَّابِقِ وَالْفِعْلُ صَادَفَ مَحَلًّا غير مَضْمُونٍ
وَكَذَلِكَ لو قَطَعَ يَدَ حَرْبِيٍّ ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ من الْقَطْعِ أَنَّهُ لَا شَيْءَ على الْقَاطِعِ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ وَرَدَتْ على مَحَلٍّ غَيْرِ مَضْمُونٍ فَلَا تَكُونُ مَضْمُونَةً
وَهَكَذَا لو قَطَعَ يَدَ عَبْدِهِ ثُمَّ أَعْتَقَهُ ثُمَّ مَاتَ لم يَضْمَنْ السِّرَايَةَ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ في حَقِّهِ
وَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ وهو مُسْلِمٌ ثُمَّ ارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاَللَّهِ ثُمَّ مَاتَ فَعَلَى الْقَاطِعِ دِيَةُ الْيَدِ لَا غَيْرُ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ عِصْمَةَ نَفْسِهِ بِالرِّدَّةِ فَصَارَتْ الرِّدَّةُ بِمَنْزِلَةِ الْإِبْرَاءِ عن السِّرَايَةِ وَلَوْ رَجَعَ إلَى الْإِسْلَامِ ثُمَّ مَاتَ فَعَلَى الْقَاطِعِ دِيَةُ النَّفْسِ في قَوْلِهِمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ عليه دِيَةُ الْيَدِ لَا غَيْرُ
وَجْهُ قَوْلِهِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَمَّا ارْتَدَّ فَكَأَنَّهُ أَبْرَأَ الْقَاطِعَ عن السِّرَايَةِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْجِنَايَةَ يَتَعَلَّقُ حُكْمُهَا بِالِابْتِدَاءِ أو بِالِانْتِهَاءِ وما بَيْنَهُمَا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ وَالْمَحَلُّ هَهُنَا مَضْمُونٌ في الْحَالَيْنِ فَكَانَتْ الْجِنَايَةُ مَضْمُونَةً فِيهِمَا فَلَا تُعْتَبَرُ الرِّدَّةُ الْعَارِضَةُ فِيمَا بَيْنَهُمَا
وَأَمَّا قَوْلُ مُحَمَّدٍ الرِّدَّةُ بِمَنْزِلَةِ الْبَرَاءَةِ فَنَعَمْ لَكِنْ بِشَرْطِ الْمَوْتِ عليها لِأَنَّ حُكْمَ الرِّدَّةِ مَوْقُوفٌ على الْإِسْلَامِ وَالْمَوْتِ وقد كانت الْجِنَايَةُ مَضْمُونَةً فَوَقَفَ حُكْمُ السِّرَايَةِ أَيْضًا
وَكَذَلِكَ لو لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ولم يَقْضِ الْقَاضِي بِلُحُوقِهِ ثُمَّ رَجَعَ إلَيْنَا مُسْلِمًا ثُمَّ مَاتَ من الْقَطْعِ فَهُوَ على هذا الْخِلَافِ
وَإِنْ كان الْقَاضِي قَضَى بِلُحُوقِهِ ثُمَّ عَادَ مُسْلِمًا ثُمَّ مَاتَ من الْقَطْعِ فَعَلَى الْقَاطِعِ دِيَةُ يَدِهِ لَا غَيْرُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ لُحُوقَهُ بِدَارِ الْحَرْبِ يَقْطَعُ حُقُوقَهُ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يُقَسَّمُ مَالُهُ بين وَرَثَتِهِ بَعْدَ اللُّحُوقِ وَلَا يُقَسَّمُ قَبْلَهُ فَصَارَ كَالْإِبْرَاءِ عن الْجِنَايَةِ
وَلَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ خَطَأً فَأَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ ثُمَّ مَاتَ منها فَلَا شَيْءَ على الْقَاطِعِ غَيْرُ أَرْشِ الْيَدِ وَعِتْقُهُ كَبُرْءِ الْيَدِ لِأَنَّ السِّرَايَةَ لو كانت مَضْمُونَةً على الْجَانِي فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ مَضْمُونَةً عليه لِلْمَوْلَى وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ مَضْمُونَةً عليه لِلْعَبْدِ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْمَوْلَى ليس بِمَالِكٍ له بَعْدَ الْعِتْقِ وَلَا

---



---

وَجْهَ لِلثَّانِي لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ السِّرَايَةَ تَكُونُ تَابِعَةً لِلْجِنَايَةِ فَالْجِنَايَةُ لَمَّا لم تَكُنْ مَضْمُونَةً لِلْعَبْدِ لَا تَكُونُ سِرَايَتُهَا مَضْمُونَةً له وَلِهَذَا قُلْنَا إذَا بَاعَهُ الْمَوْلَى بَعْدَ الْقَطْعِ سَقَطَ حُكْمُ السِّرَايَةِ وَلَيْسَ قَطْعُ الْيَدِ في هذا مِثْلَ الرَّمْيِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ حَيْثُ أَوْجَبَ عليه بِالرَّمْيِ الْقِيمَةَ وَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى ولم يُوجِبْ في الْقَطْعِ إلَّا أَرْشَ الْيَدِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الرَّمْيَ سَبَبُ الْإِصَابَةِ لَا مَحَالَةَ فَصَارَ جَانِيًا بِهِ وَقْتَ الرَّمْيِ فَأَمَّا الْقَطْعُ فَلَيْسَ بِمُوجِبٍ لِلسِّرَايَةِ لَا مَحَالَةَ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَإِنْ كان قَطَعَ يَدَ الْعَبْدِ عَمْدًا فَأَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ يُنْظَرُ إنْ كان

الْمَوْلَى هو وَارِثُهُ لَا وَارِثَ له غَيْرُهُ فَلَهُ أَنْ يَقْتُلَ الْجَانِيَ في قَوْلِهِمَا خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ وقد مَرَّتْ الْمَسْأَلَةُ
وَإِنْ كان له وَارِثٌ غَيْرَهُ يَحْجُبُهُ عن مِيرَاثِهِ وَيَدْخُلُ معه في مِيرَاثِهِ فَلَا قِصَاصَ لِاشْتِبَاهِ الْوَلِيِّ على ما مَرَّ
وَلَوْ لم يُعْتِقْهُ بَعْدَ الْقَطْعِ وَلَكِنَّهُ دَبَّرَهُ أو كانت أَمَةً فَاسْتَوْلَدَهَا فإنه لَا تَنْقَطِعُ السِّرَايَةَ وَيَجِبُ نِصْفُ الْقِيمَةِ وَيَجِبُ ما نَقَصَ بَعْدَ الْجِنَايَةِ قبل الْمَوْتِ
هذا إذَا كان خَطَأً وَإِنْ كان عَمْدًا فَلِلْمَوْلَى أَنْ يَقْتَصَّ بِالْإِجْمَاعِ
وَلَوْ كَاتَبَهُ وَالْمَسْأَلَةُ بحالتها ( ( ( بحالها ) ) ) فَبِالْكِتَابَةِ برىء عن السِّرَايَةِ فَيَجِبُ نِصْفُ الْقِيمَةِ لِلْمَوْلَى فإذا مَاتَ وكان خَطَأً لَا يَجِبُ عليه شَيْءٌ آخَرُ وَإِنْ كان عَمْدًا فَإِنْ كان عَاجِزًا فَلِلْمَوْلَى أَنْ يَقْتَصَّ لِأَنَّهُ مَاتَ عَبْدًا
وَإِنْ مَاتَ عن وَفَاءٍ فَقَدْ مَاتَ حُرًّا فَيُنْظَرُ إنْ كان له وَارِثٌ يَحْجُبُ الْمَوْلَى أو يُشَارِكُهُ فَلَا قِصَاصَ عليه وَيَجِبُ عليه أَرْشُ الْيَدِ لَا غَيْرُ وَإِنْ لم يَكُنْ له وَارِثٌ غير الْمَوْلَى فَلِلْمُوَلَّى أَنْ يَقْتَصَّ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس له أَنْ يَقْتَصَّ وَعَلَيْهِ أَرْشُ الْيَدِ لَا غَيْرُ
وَإِنْ كان الْقَطْعُ بَعْدَ الْكِتَابَةِ فَمَاتَ وكان الْقَطْعُ خَطَأً أو مَاتَ عَاجِزًا فَالْقِيمَةُ لِلْمَوْلَى
وَإِنْ مَاتَ عن وَفَاءٍ فَالْقِيمَةُ لِلْوَرَثَةِ وَإِنْ كان عَمْدًا فَإِنْ مَاتَ عَاجِزًا فَلِلْمَوْلَى أَنْ يَقْتَصَّ وَإِنْ مَاتَ عن وَفَاءٍ مَاتَ حُرًّا ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان مع الْمَوْلَى وَارِثٌ يَحْجُبُهُ أو يُشَارِكُهُ في الْمِيرَاثِ فَلَا قِصَاصَ وَإِنْ لم يَكُنْ له وَارِثٌ غير الْمَوْلَى فَعَلَى الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
هذا إذَا كانت السِّرَايَةُ إلَى النَّفْسِ فَأَمَّا إذَا كانت إلَى الْعُضْوِ فَالْأَصْلُ أَنَّ الْجِنَايَةَ إذَا حَصَلَتْ في عُضْوٍ فَسَرَتْ إلَى عُضْوٍ آخَرَ وَالْعُضْوُ الثَّانِي لَا قِصَاصَ فيه فَلَا قِصَاصَ في الْأَوَّلِ أَيْضًا
وَهَذَا الْأَصْلُ يَطَّرِدُ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ في مَسَائِلَ إذَا قَطَعَ أُصْبُعًا من يَدِ رَجُلٍ فَشُلَّتْ الْكَفُّ فَلَا قِصَاصَ فِيهِمَا وَعَلَيْهِ دِيَةُ الْيَدِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ لِأَنَّ الْمَوْجُودَ من الْقَاطِعِ قَطْعٌ مُشِلٌّ لِلْكَفِّ وَلَا يُقَدَّرُ الْمَقْطُوعُ على مِثْلِهِ فلم يَكُنْ الْمِثْلُ مُمْكِنَ الِاسْتِيفَاءِ فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ وَلِأَنَّ الْجِنَايَةَ وَاحِدَةٌ فَلَا يَجِبُ بها ضَمَانَانِ مُخْتَلِفَانِ وهو الْقِصَاصُ وَالْمَالُ خُصُوصًا عِنْدَ اتِّحَادِ الْمَحَلِّ لِأَنَّ الْكَفَّ مع الْأُصْبُعِ بِمَنْزِلَةِ عُضْوٍ وَاحِدٍ
وَكَذَا إذَا قَطَعَ مَفْصِلًا من أُصْبُعٍ فَشُلَّ ما بَقِيَ أو شُلَّتْ الْكَفُّ لِمَا قُلْنَا
فَإِنْ قال الْمَقْطُوعُ أنا أَقْطَعُ الْمَفْصِلَ وَأَتْرُكُ ما يَبِسَ ليس له ذلك لِأَنَّ الْجِنَايَةَ وَقَعَتْ غَيْرُ مُوجِبَةٍ لِلْقِصَاصِ من الْأَصْلِ لِعَدَمِ إمْكَانِ الِاسْتِيفَاءِ على وَجْهِ الْمُمَاثَلَةِ على ما بَيَّنَّا فَكَانَ الِاقْتِصَارُ على الْبَعْضِ اسْتِيفَاءَ ما لَا حَقَّ له فيه فَيُمْنَعُ من ذلك كما لو شَجَّهُ مُنَقِّلَةً فقال الْمَشْجُوجُ أنا أَشُجُّهُ مُوضِحَةً وَأَتْرُكُ أَرْشَ ما زَادَ لم يَكُنْ له ذلك
وَكَذَلِكَ إذَا كَسَرَ بَعْضَ سِنِّ إنْسَانٍ وَاسْوَدَّ ما بَقِيَ فَلَيْسَ في شَيْءٍ من ذلك قِصَاصٌ لِأَنَّ قِصَاصَهُ هو كَسْرٌ مُسْوَدٌّ لِلْبَاقِي وَذَلِكَ غَيْرُ مُمْكِنٍ وَلِأَنَّ الْجِنَايَةَ وَاحِدَةٌ فَلَا تُوجِبُ ضَمَانَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ
وَلَوْ قَطَعَ أُصْبُعًا فَشُلَّتْ إلَى جَنْبِهَا أُخْرَى فَلَا قِصَاصَ في شَيْءٍ من ذلك في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعَلَيْهِ دِيَةُ الْأُصْبُعَيْنِ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَزُفَرُ وَالْحَسَنُ في الْأَوَّلِ لَا قِصَاصَ وفي الثَّانِي الْأَرْشُ
وَجْهُ قَوْلِهِمْ أَنَّ الْمَحَلَّ مُتَعَدِّدٌ وَالْفِعْلُ يَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ الْمَحَلِّ حُكْمًا وَإِنْ كان مُتَّحِدًا حَقِيقَةً لِتَعَدُّدِ أَثَرِهِ وَهَهُنَا تَعَدَّدَ الْأَثَرُ فَيُجْعَلُ فِعْلَيْنِ فَيُفْرَدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

بِحُكْمِهِ فَيَجِبُ الْقِصَاصُ في الْأَوَّلِ وَالدِّيَةُ في الثَّانِي كما لو قَطَعَ أُصْبُعَ إنْسَانٍ فَانْسَلَّ السِّكِّينُ إلَى أُصْبُعٍ أُخْرَى خَطَأً فَقَطَعَهَا حتى يَجِبَ الْقِصَاصَ في الْأَوَّلِ وَالدِّيَةُ في الثَّانِي
وَكَمَا لو رَمَى سَهْمًا إلَى إنْسَانٍ فَأَصَابَهُ وَنَفَذَ منه وَأَصَابَ آخَرَ حتى يَجِبُ الْقِصَاصُ في الْأَوَّلِ وَالدِّيَةُ في الثَّانِي لِمَا قُلْنَا وَكَذَلِكَ هذا وإذا تَعَدَّدَتْ الْجِنَايَةُ تُفْرَدُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بِحُكْمِهَا فَيَجِبُ الْقِصَاصُ في الْأُولَى وَالْأَرْشُ في الثَّانِيَةِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ هو الْمِثْلُ وَالْمِثْلُ وهو الْقَطْعُ المثل ( ( ( المشل ) ) ) هَهُنَا غَيْرُ مَقْدُورِ الِاسْتِيفَاءِ فَلَا يَثْبُتُ الِاسْتِحْقَاقُ وَلِأَنَّ الْجِنَايَةَ مُتَّحِدَةٌ حَقِيقَةً وَهِيَ قَطْعُ الْأُصْبُعِ وقد تَعَلَّقَ بِهِ ضَمَانُ الْمَالِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ضَمَانُ الْقِصَاصِ بِخِلَافِ ما إذَا قَطَعَ أُصْبُعًا عَمْدًا فَنَفَذَ السِّكِّينُ إلَى أُخْرَى خَطَأً لِأَنَّ الْمَوْجُودَ



هُنَاكَ فِعْلَانِ حَقِيقَةً فَجَازَ أَنْ يُفْرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحُكْمٍ
وفي مَسْأَلَةِ الرَّمْيِ جُعِلَ الْفِعْلُ الْمُتَّحِدُ حَقِيقَةً مُتَعَدِّدًا شَرْعًا بِخِلَافِ الْحَقِيقَةِ وَمَنْ ادَّعَى خِلَافَ الْحَقِيقَةِ هَهُنَا يَحْتَاجُ إلَى الدَّلِيلِ
وَلَوْ قَطَعَ أُصْبُعًا فسقطت ( ( ( فسقط ) ) ) إلَى جَنْبِهَا أُخْرَى فَلَا قِصَاصَ في شَيْءٍ من ذلك في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عنهما يَجِبُ في الْأَوَّلِ الْقِصَاصُ وفي الثَّانِي الْأَرْشُ وفي رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِمَا لِأَنَّ من أَصْلِهِ على هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْجِرَاحَةَ التي فيها الْقِصَاصُ إذَا تَوَلَّدَ منها ما يُمْكِنُ فيه الْقِصَاصُ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِمَا جميعا وَهَهُنَا يُمْكِنُ وَفِيمَا إذَا قَطَعَ أُصْبُعًا فَشُلَّتْ أُخْرَى بِجَنْبِهَا لَا يُمْكِنُ فَوَجَبَ الْقِصَاصُ في الْأُولَى وَالْأَرْشُ في الثَّانِيَةِ
وَجْهُ ظَاهِرِ قَوْلِهِمَا على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الْمَحَلَّ مُتَعَدِّدٌ وَأَنَّهُ يُوجِبُ تَعَدُّدَ الْفِعْلِ عِنْدَ تَعَدُّدِ الْأَثَرِ وقد وُجِدَ هَهُنَا فَيُجْعَلُ كَجِنَايَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ فَيَتَعَلَّقُ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا حُكْمُهَا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ على وَجْهِ الْمُمَاثَلَةِ لِأَنَّ ذلك هو الْقَطْعُ الْمُسْقِطُ لِلْأُصْبُعِ وَذَلِكَ غَيْرُ مُمْكِنٍ وَلِأَنَّ الْجِنَايَةَ وَاحِدَةٌ حَقِيقَةً فَلَا تُوجِبُ إلَّا ضَمَانًا وَاحِدًا وقد وَجَبَ الْمَالُ فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصَ
وَلَوْ قَطَعَ أُصْبُعَ رَجُلٍ عَمْدًا فَسَقَطَتْ الْكَفُّ من الْمَفْصِلِ فَلَا قِصَاصَ في ذلك في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِيهِ دِيَةُ الْيَدِ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْمِثْلِ وهو الْقَطْعُ الْمُسْقِطُ لِلْكَفِّ مُتَعَذِّرٌ فَيُمْتَنَعُ الْوُجُوبُ وَلِأَنَّ الْكَفَّ مع الْأُصْبُعِ كَعُضْوٍ وَاحِدٍ فَكَانَتْ الْجِنَايَةُ وَاحِدَةً حَقِيقَةً وَحُكْمًا وقد تَعَلَّقَ بِهِمَا ضَمَانُ الْمَالِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا الْقِصَاصُ
لوقال أبو يُوسُفَ يُقْتَصُّ منه فَتُقْطَعُ يَدُهُ من الْمَفْصِلِ
فَرَّقَ أبو يُوسُفَ بين هذا وَبَيْنَ ما إذَا قَطَعَ أُصْبُعًا فَسَقَطَتْ أُخْرَى إلَى جَنْبِهَا أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ في الثَّانِيَةِ لِأَنَّ الْأُصْبُعَ جُزْءٌ من الْكَفِّ وَالسِّرَايَةُ تَتَحَقَّقُ من الْجُزْءِ إلَى الْجُمْلَةِ كما تَتَحَقَّقُ من الْيَدِ إلَى النَّفْسِ وَالْأُصْبُعَانِ عُضْوَانِ مُفْرَدَانِ ليس أَحَدُهُمَا جُزْءَ الْآخَرِ فَلَا تَتَحَقَّقُ السِّرَايَةُ من أَحَدِهِمَا إلَى الْآخَرِ فَوَجَبَ الْقِصَاصُ في الْأُولَى دُونَ الثَّانِيَةِ

وَعَلَى ما رَوَى مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في النَّوَادِرِ يَجِبُ الْقِصَاصُ هَهُنَا أَيْضًا كما قال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ وقد سَرَتْ إلَى ما يُمْكِنُ الْقِصَاصُ فيه فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ قَطَعَ الْكَفَّ من الزَّنْدِ

وَلَوْ كَسَرَ بَعْضَ سِنِّ إنْسَانٍ فَسَقَطَتْ لَا قِصَاصَ فيه في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الِاقْتِصَاصُ بِكَسْرٍ مُسْقِطٍ لِلسِّنِّ

وقال أبو يُوسُفَ يَجِبُ الْقِصَاصُ كما قال في الْأُصْبُعِ إذَا قُطِعَتْ فَسَقَطَتْ منها الْكَفُّ

وَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجِبُ الْقِصَاصُ على رِوَايَةِ النَّوَادِرِ لِمَا ذَكَرْنَا من أَصْلِهِ

وَكَذَلِكَ لو ضَرَبَ سِنَّ إنْسَانٍ فَتَكَسَّرَ بَعْضُهَا وَتَحَرَّكَ الْبَاقِي وَاسْتَوْفَى حَوْلًا أنها إنْ اسْوَدَّتْ فَلَا قِصَاصَ فيها لِتَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ الْمِثْلِ وهو الْكَسْرُ الْمُسْوَدُّ

وَإِنْ سَقَطَتْ فَكَذَلِكَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِيهَا الْأَرْشُ لِعَدَمِ إمْكَانِ اسْتِيفَاءِ الْمِثْلِ هو الْكَسْرُ الْمُسْقِطُ فَيَجِبُ فيها الْأَرْشُ وقال أبو يُوسُفَ فيها الْقِصَاصُ كما قال في الْأُصْبُعِ إذَا قُطِعَتْ الْكَفُّ

وَلَوْ شَجَّ إنْسَانًا مُوضِحَةً مُتَعَمِّدًا فَذَهَبَ منها بَصَرُهُ فَلَا قِصَاصَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَفِيهَا وفي الْبَصَرِ الْأَرْشُ وَقَالَا في الْمُوضِحَةِ الْقِصَاصُ وفي الْبَصَرِ الدِّيَةُ

هذه رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ عن مُحَمَّدٍ

وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ في نَوَادِرِهِ عنه أَنَّ فِيهِمَا جميعا الْقِصَاصَ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّهُ تَوَلَّدَ من جِنَايَةِ الْعَمْدِ إلَى عُضْوٍ يُمْكِنُ فيه الْقِصَاصُ فَيَجِبُ فيه الْقِصَاصُ كما إذَا سَرَى إلَى النَّفْسِ

وَجْهُ ظَاهِرِ قَوْلِهِمَا إنِ تَلَفَ الْبَصَرِ حَصَلَ من طَرِيقِ التَّسْبِيبِ لَا من طَرِيقِ السِّرَايَةِ بِدَلِيلِ أَنَّ الشَّجَّةَ تَبْقَى بَعْدَ ذَهَابِ الْبَصَرِ وَوُجُودُ السِّرَايَةِ يُوجِبُ تَغَيُّرَ الْجِنَايَةِ كَالْقَطْعِ إذَا سَرَى إلَى النَّفْسِ أَنَّهُ لَا يَبْقَى قَطْعًا بَلْ يَصِيرُ قَتْلًا وَهُنَا الشَّجَّةُ لم تَتَغَيَّرْ بَلْ بَقِيَتْ شَجَّةً كما كانت فَدَلَّ أَنَّ ذَهَابَ الْبَصَرِ ليس من طَرِيقِ السِّرَايَةِ بَلْ من طَرِيقِ التَّسْبِيبِ وَالْجِنَايَةُ بِطَرِيقِ التَّسْبِيبِ لَا تُوجِبُ الْقِصَاصَ كما في حَفْرِ الْبِئْرِ وَنَحْوِ ذلك

وَلَوْ ذَهَبَتْ عَيْنَاهُ وَلِسَانُهُ وَسَمْعُهُ وَجِمَاعُهُ فَلَا قِصَاصَ في شَيْءٍ من ذلك على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعَلَى قَوْلِهِمَا في الْمُوضِحَةِ الْقِصَاصُ وَلَا قِصَاصَ في الْعَيْنَيْنِ في ظَاهِرِ قَوْلِهِمَا بَلْ فِيهِمَا الْأَرْشُ

وَعَلَى رِوَايَةِ النَّوَادِرِ عن مُحَمَّدٍ فِيهِمَا الْقِصَاصُ دُونَ اللِّسَانِ وَالسَّمْعِ وَالْجِمَاعِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ فِيهِمَا الْقِصَاصُ إذْ لَا قِصَاصَ في ذَهَابِ مَنْفَعَةِ اللِّسَانِ وَالسَّمْعِ وَالْجِمَاعِ في الشَّرْعِ وفي ذَهَابِ الْبَصَرِ قِصَاصٌ في الشَّرِيعَةِ

وَلَوْ ضَرَبَهُ بِعَصًا فَأَوْضَحَهُ ثُمَّ عَادَ فَضَرَبَهُ أُخْرَى إلَى جَنْبِهَا ثُمَّ تَآكَلَتَا حتى صَارَتْ وَاحِدَةً فَهُمَا مُوضِحَتَانِ وَلَا قِصَاصَ فِيهِمَا

أَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ

---



---

اللَّهُ فَلِعَدَمِ إمْكَانِ اسْتِيفَاءِ الْمِثْلِ وَهُمَا شَجَّتَانِ مُوضِحَتَانِ تآكل بَيْنَهُمَا

وَأَمَّا على أَصْلِهِمَا فَلِأَنَّ ما تآكل بين الْمُوضِحَتَيْنِ تَلِفَ بِسَبَبِ الْجِرَاحَةِ وَالْإِتْلَافُ تَسْبِيبًا لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمُوَفِّقُ

وَلَا قِصَاصَ في الْعَيْنِ إذَا قُوِّرَتْ أو فُسِخَتْ لِأَنَّا إذَا فَعَلْنَا ما فَعَلَ وهو التَّقْوِيرُ وَالْفَسْخُ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْمِثْلِ إذْ ليس له حَدٌّ مَعْلُومٌ وَإِنْ أَذْهَبْنَا ضَوْءَهُ فلم نَفْعَلْ مِثْلَ ما فَعَلَ فَتَعَذَّرَ الِاسْتِيفَاءُ بِصِفَةِ الْمُمَاثَلَةِ فَامْتَنَعَ الْوُجُوبُ وَصَارَ كَمَنْ قَطَعَ يَدَ إنْسَانٍ من السَّاعِدِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى الْقَطْعِ من السَّاعِدِ وَلَا من الزَّنْدِ لِمَا قُلْنَا فَامْتَنَعَ الْوُجُوبُ

كَذَا هذا وَإِنْ ضُرِبَ عليها فَذَهَبَ ضَوْءُهَا مع بَقَاءِ الْحَدَقَةِ على حَالِهَا لم تَنْخَسِفْ فَفِيهَا الْقِصَاصُ لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { والعين ( ( ( العين ) ) ) بِالْعَيْنِ } وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ على سَبِيلِ الْمُمَاثَلَةِ مُمْكِنٌ بِأَنْ يُجْعَلَ على وجه ( ( ( وجهه ) ) ) الْقُطْنُ الْمَبْلُولُ وتحمي الْمِرْآةُ وَتُقَرَّبُ من عَيْنِهِ حتى يَذْهَبَ ضَوْءُهَا

وَقِيلَ أَوَّلُ من اهْتَدَى إلَى ذلك سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه وَأَشَارَ إلَى ما ذَكَرْنَا فإنه رُوِيَ أَنَّهُ وَقَعَتْ هذه الْحَادِثَةُ في زَمَنِ سَيِّدِنَا عُثْمَانَ رضي اللَّهُ عنه فَجَمَعَ الصَّحَابَةَ الْكِرَامَ رضي اللَّهُ تعالى عَنْهُمْ وَشَاوَرَهُمْ في ذلك فلم يَكُنْ عِنْدَهُمْ حُكْمُهَا حتى جاء سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه وَأَشَارَ إلَى ما ذَكَرْنَا فلم يُنْكِرْ عليه أَحَدٌ فَقَضَى بِهِ سَيِّدُنَا عُثْمَانُ بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ الْكِرَامِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ فَيَكُونُ إجْمَاعًا وَإِنْ انْخَسَفَتْ فَلَا قِصَاصَ لِأَنَّ الثَّانِيَ قد لَا يَقَعُ خَاسِفًا بها فَلَا يَكُونُ مِثْلَ الْأَوَّلِ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ في عَيْنِ الْأَحْوَلِ لِأَنَّ الْحَوَلَ نَقْصٌ في الْعَيْنِ فَيَكُونُ اسْتِيفَاءَ الْكَامِلِ بِالنَّاقِصِ فَلَا تَتَحَقَّقُ الْمُمَاثَلَةُ وَلِهَذَا لَا تُقْطَعُ الْيَدُ الصَّحِيحَةُ بِالْيَدِ الشَّلَّاءِ

كَذَا هذا

وَلَا قِصَاصَ في الْأَشْفَارِ وَالْأَجْفَانِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْمِثْلِ فيها

وَأَمَّا الْأُذُنُ فَإِنْ اسْتَوْعَبَهَا فَفِيهَا الْقِصَاصُ لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ } وَلِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْمِثْلِ فيها مُمْكِنٌ فَإِنْ قَطَعَ بَعْضَهَا فَإِنْ كان له حَدٌّ يُعْرَفُ فَفِيهِ الْقِصَاصُ وَإِلَّا فَلَا

وَأَمَّا الْأَنْفُ فَإِنْ قُطِعَ الْمَارِنُ فَفِيهِ الْقِصَاصُ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ } وَلِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْمِثْلِ فيه مُمْكِنٌ لِأَنَّ له حَدًّا مَعْلُومًا وهو مالان منه فَإِنْ قُطِعَ بَعْضُ الْمَارِنِ فَلَا قِصَاصَ فيه لِتَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ الْمِثْلِ

وَإِنْ قُطِعَ قَصَبَةُ الْأَنْفِ فَلَا قِصَاصَ فيه لِأَنَّهُ عَظْمٌ وَلَا قِصَاصَ في الْعَظْمِ وَلَا في السِّنِّ لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وقال أبو يُوسُفَ إنْ اسْتَوْعَبَ فَفِيهِ الْقِصَاصُ وقال مُحَمَّدٌ لَا قِصَاصَ فيه وَإِنْ اسْتَوْعَبَ وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمَا في الْحَقِيقَةِ لِأَنَّ أَبَا يُوسُفَ أَرَادَ اسْتِيعَابَ الْمَارِنِ وَفِيهِ الْقِصَاصُ بِلَا خِلَافٍ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ أَرَادَ بِهِ اسْتِيعَابَ الْقَصَبَةِ وَلَا قِصَاصَ فيها بِلَا خِلَافٍ

وَأَمَّا الشَّفَةُ فَقَدْ رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قال إذَا قَطَعَ شَفَةَ الرَّجُلِ السُّفْلَى أو الْعُلْيَا وكان يُسْتَطَاعُ أَنْ يُقْتَصَّ منه فَفِيهِ الْقِصَاصُ

وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إنْ اسْتَقْصَاهَا بِالْقَطْعِ فَفِيهَا الْقِصَاصُ لِإِمْكَانِ اسْتِيفَاءِ الْمِثْلِ عِنْدَ الِاسْتِقْصَاءِ وَإِنْ قَطَعَ بَعْضَهَا فَلَا قِصَاصَ فيه لِعَدَمِ الْإِمْكَانِ وَلَا قِصَاصَ في عَظْمٍ إلَّا في السِّنِّ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ مَوْضِعُهُ وَلَا يُؤْمَنُ فيه عن التَّعَدِّي أَيْضًا وقد رُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ في عَظْمٍ وفي السِّنِّ الْقِصَاصُ سَوَاءٌ كُسِرَ أو قُلِعَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ } وَلِأَنَّهُ يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْمِثْلِ فيه بِأَنْ يُؤْخَذَ في الْكَسْرِ من سِنِّ الْكَاسِرِ مِثْلُ ما كُسِرَ بِالْمِبْرَدِ

وفي الْقَلْعِ يُؤْخَذُ سِنُّهُ بِالْمِبْرَدِ إلَى أَنْ يَنْتَهِيَ إلَى اللَّحْمِ وَيَسْقُطُ ما سِوَى ذلك وَقِيلَ في الْقَلْعِ أَنَّهُ يُقْلَعُ سِنُّهُ لِأَنَّ تَحَقُّقَ الْمُمَاثَلَةِ فيه وَالْأَوَّلُ اسْتِيفَاءُ على

وَجْهِ النُّقْصَانِ إلَّا أَنَّ في الْقَلْعِ احْتِمَالَ الزِّيَادَةِ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ فيه أَنْ يَفْعَلَ الْمَقْلُوعُ أَكْثَرَ مِمَّا فَعَلَ الْقَالِعُ
وَأَمَّا اللِّسَانُ فَإِنْ قُطِعَ بَعْضُهُ فَلَا قِصَاصَ فيه لِعَدَمِ إمْكَانِ اسْتِيفَاءِ الْمِثْلِ وَإِنْ اسْتَوْعَبَ فَقَدْ ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّ اللِّسَانَ لَا يُقْتَصُّ فيه
وقال أبو يُوسُفَ فيه الْقِصَاصُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْقَطْعَ إذَا كان مُسْتَوْعِبًا أَمْكَنَ اسْتِيفَاءُ الْمِثْلِ فيه بِالِاسْتِيعَابِ فَيَكُونُ الْجَزَاءُ مِثْلَ الْجِنَايَةِ
وَجْهُ ما ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّ اللِّسَانَ يَنْقَبِضُ وَيَنْبَسِطُ فَلَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ فيه بِصِفَةِ الْمُمَاثَلَةِ
وَإِنْ قَطَعَ الْحَشَفَةَ فَفِيهَا الْقِصَاصُ لِإِمْكَانِ اسْتِيفَاءِ الْمِثْلِ لِأَنَّ لها حَدًّا مَعْلُومًا
وَإِنْ قَطَعَ بَعْضَهَا أو بَعْضَ الذَّكَرِ فَلَا قِصَاصَ فيه لِأَنَّهُ لَا حَدَّ لِذَلِكَ فَلَا يُمْكِنُ الْقَطْعُ بِصِفَةِ الْمُمَاثَلَةِ فصار كما لو قَطَعَ بَعْضَ اللِّسَانِ
وَلَوْ قَطَعَ الذَّكَرَ من أَصْلِهِ ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ فيه
وقال أبو يُوسُفَ فيه الْقِصَاصُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ عِنْدَ الِاسْتِيعَابِ أَمْكَنَ الِاسْتِيفَاءُ على وَجْهِ الْمُمَاثَلَةِ فَيَجِبُ الْقِصَاصُ وَجْهُ ما ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّ الذَّكَرَ يَنْقَبِضُ مَرَّةً وَيَنْبَسِطُ أُخْرَى فَلَا يُمْكِنُ مُرَاعَاةُ

---

*(7/308)*

---

الْمُمَاثَلَةِ فيه فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ وَلَا قِصَاصَ في جَزِّ شَعْرِ الرَّأْسِ وَحَلْقِهِ وَحَلْقِ الْحَاجِبَيْنِ وَالشَّارِبِ وَاللِّحْيَةِ وَإِنْ لم يَنْبُتْ بَعْدَ الْحَلْقِ وَالنَّتْفِ
أَمَّا الْجَزُّ فَلِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ مَوْضِعُهُ فَلَا يُمْكِنُ أَخْذُ الْمِثْلِ وَأَمَّا الْحَلْقُ وَالنَّتْفُ الْمَوْجُودُ من الْحَالِقِ وَالنَّاتِفِ فَلِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ حَلْقٌ وَنَتْفُ غَيْرِ مَنْبَتٍ وَذَلِكَ ليس في وُسْعِ الْمَحْلُوقِ وَالْمَنْتُوفِ لِجَوَازِ أَنْ يَقَعَ حَلْقُهُ وَنَتْفُهُ مَنْبَتًا فَلَا يَكُونُ مِثْلَ الْأَوَّلِ
وَذَكَرَ في النَّوَادِرِ أَنَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ إذَا لم يَنْبُتْ ولم يذكر حُكْمَ ثَدْيِ الْمَرْأَةِ أَنَّهُ هل يَجِبُ فيه الْقِصَاصُ أَمْ لَا
وَكَذَا لم يذكر حُكْمَ الِانثيين في وُجُوبِ الْقِصَاصِ فِيهِمَا وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجِبَ الْقِصَاصُ فِيهِمَا لِأَنَّ كُلَّ ذلك ليس له مَفْصِلٌ مَعْلُومٌ فَلَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْمِثْلِ
وَأَمَّا حَلَمَةُ ثَدْيِ الْمَرْأَةِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ فيها لِأَنَّ لها حَدًّا مَعْلُومًا فَيُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْمِثْلِ فيها كَالْحَشَفَةِ
وَلَوْ ضَرَبَ على رَأْسِ إنْسَانٍ حتى ذَهَبَ علقه ( ( ( عقله ) ) ) أو سَمْعُهُ أو كَلَامُهُ أو شَمُّهُ أو ذَوْقُهُ أو جِمَاعُهُ أو مَاءُ صُلْبِهِ فَلَا قِصَاصَ في شَيْءٍ من ذلك لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يُضْرَبَ ضَرْبًا تَذْهَبُ بِهِ هذه الْأَشْيَاءُ فلم يَكُنْ اسْتِيفَاءُ الْمِثْلِ مُمْكِنًا فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ
وَكَذَلِكَ لو ضَرَبَ على يَدِ رَجُلٍ أو رِجْلِهِ فَشُلَّتْ لَا قِصَاصَ عليه لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يُضْرَبَ ضَرْبًا مُشِلًّا فلم يَكُنْ الْمِثْلُ مَقْدُورَ الِاسْتِيفَاءِ فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الشِّجَاجُ فَلَا خِلَافَ في أَنَّ الْمُوضِحَةَ فيها الْقِصَاصُ لِعُمُومِ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ } إلَّا ما خُصَّ بِدَلِيلٍ وَلِأَنَّهُ يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ

فيها على سَبِيلِ الْمُمَاثَلَةِ لِأَنَّ لها حَدًّا تَنْتَهِي إلَيْهِ السِّكِّينُ وهو الْعَظْمُ وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَا قِصَاصَ فِيمَا بَعْدَ الْمُوضِحَةِ لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ فيه على وَجْهِ الْمُمَاثَلَةِ لِأَنَّ الْهَاشِمَةَ تَهْشِمُ الْعَظْمَ وَالْمُنَقِّلَةَ تَهْشِمُ وَتُنَقِّلُ بَعْدَ الْهَشْمِ وَلَا قِصَاصَ في هَشْمِ الْعَظْمِ لِمَا بَيَّنَّا وَالْآمَّةُ لَا يُؤْمَنُ فيها من أَنْ يَنْتَهِيَ السِّكِّينُ إلَى الدِّمَاغِ فَلَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ في هذه الشِّجَاجِ على وَجْهِ الْمُمَاثَلَةِ فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ بِخِلَافِ الْمُوضِحَةِ

وَأَمَّا ما قبل الْمُوضِحَةِ فَقَدْ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الْأَصْلِ أَنَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ في الْمُوضِحَةِ وَالسِّمْحَاقِ وَالْبَاضِعَةِ وَالدَّامِيَةِ

وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ لَا قِصَاصَ في الشِّجَاجِ إلَّا في الْمُوضِحَةِ وَالسِّمْحَاقِ إنْ أَمْكَنَ الْقِصَاصُ في السِّمْحَاقِ

وروى عن النَّخَعِيّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قال ما دُونَ الْمُوضِحَةِ خُدُوشٌ وَفِيهَا حُكُومَةُ عَدْلٍ

وَكَذَا رُوِيَ عن عُمَرَ بن عبد الْعَزِيزِ رَحِمَهُمَا اللَّهُ

وَعَنْ الشَّعْبِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قال ما دُونَ الْمُوضِحَةِ فيه أُجْرَةُ الطَّبِيبِ

وَجْهُ رِوَايَةِ الْحَسَنِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ ما دُونَ الْمُوضِحَةِ مِمَّا ذَكَرْنَا لَا حَدَّ له يَنْتَهِي إلَيْهِ السِّكِّينُ فَلَا يُمْكِنُ الِاسْتِيفَاءُ بِصِفَةِ الْمُمَاثَلَةِ

وَجْهُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ أَنَّ اسْتِيفَاءَ الْمِثْلِ فيه مُمْكِنٌ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ قَدْرِ غَوْرِ الْجِرَاحَةِ بِالْمِسْبَارِ

ثُمَّ إذَا عُرِفَ قَدْرُهُ بِهِ يُعْمَلُ حَدِيدَةٌ على قَدْرِهِ فَتَنْفُذُ في اللَّحْمِ إلَى آخِرِهَا فَيَسْتَوْفِي منه مِثْلَ ما فَعَلَ ثُمَّ ما يَجِبُ فيه الْقِصَاصُ من الشِّجَاجِ لَا يُقْتَصُّ من الشَّاجِّ إلَّا في مَوْضِعِ الشَّجَّةِ من الْمَشْجُوجِ من مُقَدَّمِ رَأْسِهِ وَمُؤَخَّرِهِ وَوَسَطِهِ وَجَنْبَيْهِ لأنه وُجُوبَ الْقِصَاصُ لِلشَّيْنِ الذي يَلْحَقُ الْمَشْجُوجَ وَذَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَوَاضِعِ من الرَّأْسِ

أَلَا تَرَى أَنَّ الشَّيْنَ في مُؤَخَّرِ الرَّأْسِ لَا يَكُونُ مِثْلَ الشَّيْنِ الذي في مُقَدَّمِهِ وَلِهَذَا يستوفي على مِسَاحَةِ الشَّجَّةِ من طُولِهَا وَعَرْضِهَا ما أَمْكَنَ لِاخْتِلَافِ الشَّيْنِ بِاخْتِلَافِ الشَّجَّةِ في الصِّغَرِ وَالْكِبْرِ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا شَجَّ رَجُلًا مُوضِحَةً فَأَخَذَتْ الشَّجَّةُ ما بين قَرْنَيْ الْمَشْجُوجِ وَهِيَ لَا تَأْخُذُ ما بين قَرْنَيْ الشَّاجِّ لِصِغَرِ رَأْسِ الْمَشْجُوجِ وَكِبَرِ رَأْسِ الشَّاجِّ أَنَّهُ لَا يُسْتَوْعَبُ ما بين قَرْنَيْ الشَّاجِّ في الْقِصَاصِ لِأَنَّ في الِاسْتِيعَابِ اسْتِيفَاءَ الزِّيَادَةِ وَفِيهِ زِيَادَةُ شين ( ( ( الشين ) ) ) وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَلَكِنْ يُخَيَّرُ الْمَشْجُوجُ إنْ شَاءَ اقْتَصَّ من الشَّاجِّ حتى يَبْلُغَ مِقْدَارَ شَجَّتِهِ في الطُّولِ ثُمَّ يَكُفُّ وَإِنْ شَاءَ عَدَلَ إلَى الْأَرْشِ لِأَنَّهُ وَجَدَ حَقَّهُ نَاقِصًا لِأَنَّ الشَّجَّةَ الْأُولَى وَقَعَتْ مُسْتَوْعَبَةً وَالثَّانِيَةُ لَا يُمْكِنُ اسْتِيعَابُهَا فَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ فَإِنْ شَاءَ اسْتَوْفَى حَقَّهُ نَاقِصًا تَشَفِّيًا لِلصَّدْرِ وَإِنْ شَاءَ عَدَلَ إلَى الْأَرْشِ كما قُلْنَا في الْأَشَلِّ إذَا قَطَعَ يَدَ الصَّحِيحِ فَإِنْ اخْتَارَ الْقِصَاصَ فَلَهُ أَنْ يَبْدَأَ من أَيِّ الْجَانِبَيْنِ شَاءَ لِأَنَّ كُلَّ ذلك حَقُّهُ فَلَهُ أَنْ يبتدىء ( ( ( يبتدأ ) ) ) من أَيِّهِمَا شَاءَ

وَإِنْ كانت الشَّجَّةُ تَأْخُذُ ما بين قَرْنَيْ الْمَشْجُوجِ وَلَا تَفْضُلُ وَهِيَ ما بين قَرْنَيْ الشَّاجِّ وَتَفْضُلُ عن قَرْنَيْهِ لِكِبَرِ رَأْسِ الْمَشْجُوجِ وَصِغَرِ رَأْسِ الشَّاجِّ

فَلِلْمَشْجُوجِ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْشَ وَإِنْ شَاءَ اقْتَصَّ ما بين قَرْنَيْ الشَّاجِّ لَا يَزِيدُ على ذلك شيئا لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى اسْتِيفَاءِ الزِّيَادَةِ على ما بين قَرْنَيْ الشَّاجِّ لِأَنَّهُ ما زَادَ على ما بين قَرْنَيْ الْمَشْجُوجِ فَلَا يُزَادُ على ما بين قَرْنَيْهِ فَيُخَيَّرُ الْمَشْجُوجُ لِأَنَّهُ وَجَدَ حَقَّهُ نَاقِصًا إذْ الثَّانِيَةُ دُونَ الْأُولَى في قَدْرِ الْجِرَاحَةِ فَإِنْ شَاءَ رضي

---

بِاسْتِيفَاءِ حَقِّهِ نَاقِصًا وَاقْتَصَرَ على ما بين قَرْنَيْ الشَّاجِّ طَلَبًا لِلتَّشَفِّي وَإِنْ شَاءَ عَدَلَ إلَى الْأَرْشِ
وَإِنْ كانت الشَّجَّةُ لَا تَأْخُذُ بين قَرْنَيْ الْمَشْجُوجِ وَهِيَ تَأْخُذُ ما بين قَرْنَيْ الشَّاجِّ لَا يَجُوزُ أَنْ يُسْتَوْعَبَ بين قَرْنَيْ الشَّاجِّ كُلِّهِ بِالْقِصَاصِ لِأَنَّ الشَّجَّةَ الْأُولَى وَقَعَتْ غير مُسْتَوْعَبَةٍ فَالِاسْتِيعَابُ في الْجُزْءِ يَكُونُ زِيَادَةً وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَإِنْ كان ذلك مِقْدَارَ شَجَّتِهِ في الْمِسَاحَةِ كما لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ ما فَضَلَ عن قَرْنَيْ الشَّاجِّ في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَإِنْ كان ذلك مِقْدَارَ الشَّجَّةِ الْأُولَى في الْمِسَاحَةِ وَلَهُ الْخِيَارُ لِتَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ مِثْلِ شَجَّتِهِ في مِقْدَارِهَا في الْمِسَاحَةِ في الطُّولِ فَإِنْ شَاءَ اقْتَصَّ وَنَقَصَ عَمَّا بين قَرْنَيْ الشَّاجِّ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَأَخَذَ الْأَرْشَ
وَإِنْ كانت الشَّجَّةُ في طُولِ رَأْسِ الْمَشْجُوجِ وَهِيَ تَأْخُذُ من جَبْهَتِهِ إلَى قَفَاهُ وَلَا تَبْلُغُ من الشَّاجِّ إلَى قَفَاهُ يُخَيَّرُ الْمَشْجُوجُ إنْ شَاءَ اقْتَصَّ مِقْدَارَ شَجَّتِهِ إلَى مِثْلِ مَوْضِعِهَا من رَأْسِ الشَّاجِّ لَا يَزِيدُ عليه وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْشَ لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ
وَحَكَى الطَّحَاوِيُّ عن عَلِيِّ بن الْعَبَّاسِ الرَّازِيّ أَنَّهُ قال إذَا اسْتَوْعَبَتْ الشَّجَّةُ ما بين قَرْنَيْ الْمَشْجُوجِ ولم تَسْتَوْعِبْ ما بين قَرْنَيْ الشَّاجِّ يُقْتَصُّ من الشَّاجِّ ما بين قَرْنَيْهِ كُلِّهِ وَإِنْ زَادَ ذلك على طُولِ الشَّجَّةِ الْأُولَى لِأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ لِلصِّغَرِ وَالْكِبَرِ في الْقِصَاصِ بين الْعُضْوَيْنِ كما في الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ أَنَّهُ يَجْرِي الْقِصَاصُ بَيْنَهُمَا
وَإِنْ كانت إحْدَاهُمَا أَكْبَرَ من الْأُخْرَى فَكَذَا في الشَّجَّةِ وَهَذَا الِاعْتِبَارُ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ وُجُوبَ الْقَطْعِ هُنَاكَ لِفَوَاتِ الْمَنْفَعَةِ وإنها لَا تَخْتَلِفُ بِالصِّغَرِ وَالْكِبَرِ
أَلَا يَرَى أَنَّ الْيَدَ الصَّغِيرَةَ قد تَكُونُ أَكْثَرَ مَنْفَعَةً من الْكَبِيرَةِ فإذا لم يَخْتَلِفْ ما وَجَبَ له لم يَخْتَلِفْ الْوُجُوبُ بِخِلَافِ الشَّجَّةِ لِأَنَّ وُجُوبَ الْقِصَاصِ فيها لِلشَّيْنِ الذي يَلْحَقُ الْمَشْجُوجَ وإنه يَخْتَلِفُ فَيَزْدَادُ بِزِيَادَةِ الشَّجَّةِ وَيُنْتَقَصُ بِنُقْصَانِهَا لِذَلِكَ افْتَرَقَ الْأَمْرَانِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ
وَأَمَّا الْجِرَاحُ فَإِنْ مَاتَ من شَيْءٍ منها الْمَجْرُوحُ وَجَبَ الْقِصَاصُ لِأَنَّ الْجِرَاحَةَ صَارَتْ بِالسِّرَايَةِ نَفْسًا وَإِنْ لم يَمُتْ فَلَا قِصَاصَ في شَيْءٍ منها سَوَاءٌ كانت جَائِفَةً أو غَيْرَهَا لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ فيها على وَجْهِ الْمُمَاثَلَةِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْجَانِي وَالْمَجْنِيُّ عليه حُرَّيْنِ فَإِنْ كان أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالْآخَرُ عَبْدًا أو كَانَا عَبْدَيْنِ فَلَا قِصَاصَ فيه
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَا ذَكَرَيْنِ أو أُنْثَيَيْنِ عِنْدَنَا فَإِنْ كان أَحَدُهُمَا ذَكَرًا وَالْآخَرُ أُنْثَى فَلَا قِصَاصَ فيه عِنْدَ أَصْحَابِنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ هذا ليس بِشَرْطٍ وَيَجْرِي الْقِصَاصُ بين الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى فِيمَا دُونَ النَّفْسِ كما يجري في النَّفْسِ وَهَذَانِ الشَّرْطَانِ في الْحَقِيقَةِ عِنْدَنَا مُتَدَاخِلَانِ لِأَنَّهُمَا دَخَلَا في شَرْطِ الْمُمَاثَلَةِ لِأَنَّ الْمُمَاثَلَةَ في الْأُرُوشِ شَرْطُ وُجُوبِ الْقِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ بِدَلِيلِ أَنَّ الصَّحِيحَ لَا يُقْطَعُ بِالْأَشَلِّ وَلَا كَامِلَ الْأَصَابِعِ بِنَاقِصِ الْأَصَابِعِ وَلِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّ ما دُونَ النَّفْسِ يُسْلَكُ بِهِ مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ
وَالْمُمَاثَلَةُ في الْأَمْوَالِ في بَابِ الْأَمْوَالِ مُعْتَبَرَةٌ
ولم تُوجَدْ الْمُمَاثَلَةُ بين الْأَحْرَارِ وَالْعَبِيدِ في الْأُرُوشِ لِأَنَّ أَرْشَ طَرَفِ الْعَبْدِ

ليس بِمُقَدَّرٍ بَلْ يَجِبُ بِاعْتِبَارِ قِيمَتِهِ وَأَرْشُ طَرَفِ الْحُرِّ مُقَدَّرٌ فَلَا يُوجَدُ التَّسَاوِي بين أَرْشَيْهِمَا
وَلَئِنْ اتَّفَقَ اسْتِوَاؤُهُمَا في الْقَدْرِ فَلَا يُعْتَبَرُ ذلك لِأَنَّ قِيمَةَ طَرَفِ الْعَبْدِ تُعْرَفُ بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ بِتَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ فَلَا تُعْرَفُ الْمُسَاوَاةُ فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ
وَكَذَا لم يُوجَدْ بين الْعَبِيدِ وَالْعَبِيدِ لِأَنَّهُمْ إنْ اخْتَلَفَتْ قِيمَتُهُمْ فلم يُوجَدْ التَّسَاوِي في الْأَرْشِ وَإِنْ اسْتَوَتْ قِيمَتُهُمْ فَلَا يُعْرَفُ ذلك إلَّا بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ لِأَنَّهُ يُعْرَفُ بِتَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ وَذَلِكَ يَخْتَلِفُ فَلَا يُعْرَفُ التَّسَاوِي في أُرُوشِهِمْ فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ أو تبقى فيه شُبْهَةُ الْعَدَمِ وَالشُّبْهَةُ في بَابِ الْقِصَاصِ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ وَلَا بين الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ لِأَنَّ أَرْشَ الْأُنْثَى نِصْفُ أَرْشِ الذَّكَرِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْمُسَاوَاةُ في الْأُرُوشِ في الْأَحْرَارِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ
وَجْهُ قَوْلِهِ إن الْقِصَاصَ جَرَى بين نَفْسَيْهِمَا فَيَجْرِي بين طَرَفَيْهِمَا لِأَنَّ الطَّرَفَ تَابِعٌ لِلنَّفْسِ
وَلَنَا أَنَّهُ لَا مُسَاوَاةَ بين أَرْشَيْهِمَا فَلَا قِصَاصَ في طَرَفَيْهِمَا كَالصَّحِيحِ مع الْأَشَلِّ وَلَا قِصَاصَ في الْأَظْفَارِ لِانْعِدَامِ الْمُسَاوَاةِ في أُرُوشِهَا لِأَنَّ أَرْشَ الظُّفْرِ الْحُكُومَةُ وإنها مُعْتَبَرَةٌ بالحرز ( ( ( بالحزر ) ) ) وَالظَّنِّ
وَاَللَّهُ تَعَالَى الْمُوَفِّقُ
فصل وَأَمَّا كَوْنُ الْجِنَايَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ بِالسِّلَاحِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِوُجُوبِ الْقِصَاصِ فيه فَسَوَاءٌ كانت بِسِلَاحٍ أو غَيْرِهِ يَجِبُ فيه الْقِصَاصُ لِأَنَّهُ ليس فِيمَا دُونَ النَّفْسِ شُبْهَةُ عَمْدٍ وَإِنَّمَا فيه عَمْدٌ أو خَطَأٌ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ فَاسْتَوَى فِيهِمَا السِّلَاحُ وَغَيْرُهُ هذا الذي ذَكَرْنَا شَرَائِطُ وُجُوبِ الْقِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ
وَأَمَّا بَيَانُ وَقْتِ الْحُكْمِ بِالْقِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ فَوَقْتُهُ ما بَعْدَ الْبُرْءِ فَلَا يَحْكُمُ بِالْقِصَاصِ فيه ما لم يَبْرَأْ وَهَذَا عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ



اللَّهُ وَقْتُهُ ما بَعْدَ الْجِنَايَةِ وَلَا يُنْتَظَرُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ وَجَبَ الْقِصَاصُ لِلْحَالِ فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْوَاجِبَ لِلْحَالِ
وَلَنَا ما رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال لَا يُسْتَقَادُ من الْجِرَاحَةِ حتى يَبْرَأَ وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلًا جَرَحَ حَسَّانَ بن ثَابِتٍ رَحِمَهُ اللَّهُ في فَخِذِهِ بِعَظْمٍ فَجَاءَ الْأَنْصَارُ إلَى رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم فَطَلَبُوا الْقِصَاصَ
فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ انْتَظِرُوا ما يَكُونُ من صَاحِبِكُمْ فَأَنَا وَاَللَّهِ مُنْتَظِرُهُ وهو أَنَّهُ يَحْتَمِلُ السِّرَايَةَ
وَالْجِرَاحَةُ عِنْدَ السِّرَايَةِ تَصِيرُ قَتْلًا فَيُتَبَيَّنُ أَنَّهُ اسْتَوْفَى غير حَقِّهِ
وَهَذَا فَرْعُ مَسْأَلَةٍ ذَكَرْنَاهَا وَهِيَ أَنَّ الْمَجْرُوحَ إذَا مَاتَ بِالْجِرَاحَةِ يَجِبُ الْقِصَاصُ بِالنَّفْسِ عِنْدَنَا لَا في الطَّرَفِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُفْعَلُ بِهِ مِثْلُ ما فَعَلَ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ
فصل وَأَمَّا الذي فيه دِيَةٌ كَامِلَةٌ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ

سَبَبِ الْوُجُوبِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ شَرَائِطِهِ
أَمَّا السَّبَبُ فَهُوَ تَفْوِيتُ الْمَنْفَعَةِ الْمَقْصُودَةِ من الْعُضْوِ على الْكَمَالِ
وَذَلِكَ في الْأَصْلِ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ إبَانَةُ الْعُضْوِ وَإِذْهَابُ مَعْنَى الْعُضْوِ مع بَقَاءِ الْعُضْوِ صُورَةً
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْأَعْضَاءُ التي تَتَعَلَّقُ بِانْتِهَاءِ كَمَالِ الدِّيَةِ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةِ نَوْعٌ لَا نَظِيرَ له في الْبَدَنِ وَنَوْعٌ في الْبَدَنِ منه اثْنَانِ
وَنَوْعٌ في الْبَدَنِ منه أَرْبَعَةٌ
أَمَّا الذي لَا نَظِيرَ له في الْبَدَنِ فَسِتَّةُ أَعْضَاءٍ أَحَدُهَا الْأَنْفُ سَوَاءُ اسْتَوْعَبَ جَدْعًا أو قُطِعَ الْمَارِنُ منه وَحْدَهُ وهو ما لَانَ من الْأَنْفِ
وَالثَّانِي اللِّسَانُ سَوَاءٌ اسْتَوْعَبَ قَطْعًا أو قُطِعَ منه ما يَذْهَبُ بِالْكَلَامِ كُلِّهِ
وَالثَّالِثُ الذَّكَرُ سَوَاءٌ اسْتَوْعَبَ قَطْعًا أو قُطِعَ الْحَشَفَةُ منه وَحْدَهَا
وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن سَعِيدِ بن الْمُسَيِّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهُ قال في النَّفْسِ الدِّيَةُ وفي اللِّسَانِ الدِّيَةُ وفي الذَّكَرِ الدِّيَةُ وفي الْأَنْفِ الدِّيَةُ وفي الْمَارِنِ الدِّيَةُ
وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَتَبَ في كِتَابِ عَمْرِو بن حَزْمٍ في النَّفْسِ الدِّيَةُ وفي الْأَنْفِ الدِّيَةُ وفي اللِّسَانِ الدِّيَةُ وَلِأَنَّهُ أَبْطَلَ الْمَنَافِعَ الْمَقْصُودَةَ من هذه الْأَعْضَاءِ وَالْجَمَالَ أَيْضًا من بَعْضِهَا فَالْمَقْصُودُ من الْأَنْفِ الشَّمُّ وَالْجَمَالُ أَيْضًا وَمِنْ اللِّسَانِ الْكَلَامُ
وَمِنْ الذَّكَرِ الْجِمَاعُ
وَالْحَشَفَةُ يَتَعَلَّقُ بها مَنْفَعَةُ الْإِنْزَالِ وقد زَالَ ذلك كُلَّهُ بِالْقَطْعِ
وَإِنْ كان ذَهَبَ بَعْضُ الْكَلَامِ بِقَطْعِ بَعْضِ اللِّسَانِ دُونَ بَعْضٍ فَفِيهِ حُكُومَةُ الْعَدْلِ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ تَفْوِيتُ الْمَنْفَعَةِ على سَبِيلِ الْكَمَالِ وَقِيلَ تُقَسَّمُ الدِّيَةُ على عَدَدِ حُرُوفِ الْهِجَاءِ فَيَجِبُ من الدِّيَةِ بِقَدْرِ ما فَاتَ من الْحُرُوفِ وَنُقِلَتْ هذه الْقَضِيَّةُ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من اللِّسَانِ هو الْكَلَامُ وقد فَاتَ بَعْضُهُ دُونَ بَعْضٍ فَيَجِبُ من الدِّيَةِ بِقَدْرِ الْفَائِتِ منها لَكِنْ إنَّمَا يَدْخُلُ في الْقِسْمَةِ الْحُرُوفُ التي تَفْتَقِرُ إلَى اللِّسَانِ فَأَمَّا ما لَا يَفْتَقِرُ إلَى اللِّسَانِ من الشَّفَوِيَّةِ وَالْحَلْقِيَّةِ كَالْبَاءِ وَالْفَاءِ وَالْهَاءِ وَنَحْوِهِمَا فَلَا تَدْخُلُ في الْقِسْمَةِ
وَالرَّابِعُ الصُّلْبُ إذَا احْدَوْدَبَ بِالضَّرْبِ وَانْقَطَعَ الْمَاءُ وهو الْمَنِيُّ فيه دِيَةٌ كَامِلَةٌ لِوُجُودِ تَفْوِيتِ مَنْفَعَةِ الْجِنْسِ
وَالْخَامِسُ مَسْلَكُ الْبَوْلِ
وَالسَّادِسُ مَسْلَكُ الْغَائِطِ من الْمَرْأَةِ إذَا أَفْضَاهَا إنْسَانٌ فَصَارَتْ لَا تَسْتَمْسِكُ الْبَوْلَ أو الْغَائِطَ فَعَلَيْهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ فَإِنْ صَارَتْ لَا تَسْتَمْسِكهُمَا فَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَةٌ كَامِلَةٌ لِأَنَّهُ فَوَّتَ مَنْفَعَةً مَقْصُودَةً بِالْعُضْوِ على الْكَمَالِ فَيَجِبُ عليه كَمَالُ الدِّيَةِ
وَأَمَّا الْأَعْضَاءُ التي في الْبَدَنِ منها اثْنَانِ فَالْعَيْنَانِ وَالْأُذُنَانِ وَالشَّفَتَانِ وَالْحَاجِبَانِ إذَا ذَهَبَ شَعْرُهُمَا ولم يَنْبُتْ وَالثَّدْيَانِ وَالْحَلَمَتَانِ وَالْأُنْثَيَانِ
وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن ابْنِ الْمُسَيِّبِ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال وفي الْأُذُنَيْنِ الدِّيَةُ وفي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ وفي الرِّجْلَيْنِ الدِّيَةُ وَلِأَنَّ في الْقَطْعِ كُلَّ اثْنَيْنِ من هَذَيْنِ الْعُضْوَيْنِ تَفْوِيتُ مَنْفَعَةِ الْجِنْسِ مَنْفَعَةً مَقْصُودَةً أو تفويت الْجَمَالِ على الْكَمَالِ كَمَنْفَعَةِ الْبَصَرِ في الْعَيْنَيْنِ وَالْبَطْشِ في الْيَدَيْنِ وَالْمَشْيِ في الرِّجْلَيْنِ وَالْجَمَالِ في الْأُذُنَيْنِ وَالْحَاجِبَيْنِ إذَا لم يَنْبُتَا وَالشَّفَتَيْنِ وَمَنْفَعَةِ إمْسَاكِ الرِّيقِ في إحْدَاهُمَا وَهِيَ السُّفْلَى
وَالثَّدْيَانِ وِكَاءٌ لِلَّبَنِ وفي الْحَلَمَتَيْنِ مَنْفَعَةُ الرَّضَاعِ وَالْأُنْثَيَانِ وِكَاءُ الْمَنِيِّ

وَأَمَّا الْأَعْضَاءُ التي منها أَرْبَعَةٌ في الْبَدَنِ فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا أَشْفَارُ الْعَيْنَيْنِ وَهِيَ مَنَابِتُ الْأَهْدَابِ إذَا لم تَنْبُتْ لِمَا في تَفْوِيتِهَا تَفْوِيتِ مَنْفَعَةِ الْبَصَرِ وَالْجَمَالِ أَيْضًا على الْكَمَالِ وفي كل شَفْرٍ منها رُبْعُ الدِّيَةِ

وَالثَّانِي الْأَهْدَابُ وَهِيَ شَعْرُ الأشفارء ( ( ( الأشفار ) ) ) إذَا لم تَنْبُتْ لِمَا قُلْنَا

وَأَمَّا إذْهَابُ مَعْنَى الْعُضْوِ مع بَقَاءِ صُورَتِهِ فَنَحْوُ الْعَقْلِ وَالْبَصَرِ وَالشَّمِّ وَالذَّوْقِ وَالْجِمَاعِ وَالْإِيلَادِ بِأَنْ ضُرِبَ على إنْسَانٍ فَذَهَبَ عَقْلُهُ أو سَمْعُهُ أو كَلَامُهُ أو شَمُّهُ أو ذَوْقُهُ أو جِمَاعُهُ أو إيلَادُهُ بِأَنْ ضُرِبَ على ظَهْرِهِ فَذَهَبَ مَاءُ صُلْبِهِ

وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قَضَى في رَجُلٍ وَاحِدٍ

---



---

بِأَرْبَعِ دِيَاتٍ ضُرِبَ على رَأْسِهِ فَذَهَبَ عَقْلُهُ وَكَلَامُهُ وَبَصَرُهُ وَذَكَرُهُ لِأَنَّهُ فَوَّتَ الْمَنَافِعَ الْمَقْصُودَةَ عن هذه الْأَعْضَاءِ على سَبِيلِ الْكَمَالِ

أَمَّا الْعَقْلُ فَلِأَنَّ تَفْوِيتَهُ تَفْوِيتُ مَنَافِعِ الْأَعْضَاءِ كُلِّهَا لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بها فِيمَا وُضِعَتْ له بِفَوْتِ الْعَقْلِ

أَلَا تَرَى أَنَّ أَفْعَالَ الْمَجَانِينِ تَخْرُجُ مَخْرَجَ أَفْعَالِ الْبَهَائِمِ فَكَانَ إذْهَابُهُ إبْطَالًا لِلنَّفْسِ مَعْنًى

وَأَمَّا السَّمْعُ وَالْبَصَرُ وَالْكَلَامُ وَالشَّمُّ وَالذَّوْقُ وَالْجِمَاعُ وَالْإِيلَادُ فَكُلُّ وَاحِدٍ منها ( ( ( منهما ) ) ) مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ وقد فَوَّتَهَا كُلَّهَا

وَلَوْ ضُرِبَ على رَأْسِ رَجُلٍ فَسَقَطَ شَعْرُهُ أو على رَأْسِ امْرَأَةٍ فَسَقَطَ شَعْرُهَا أو حَلَقَ لِحْيَةَ رَجُلٍ أو نَتَفَهَا أو حَلَقَ شَعْرَ امْرَأَةٍ ولم يَنْبُتْ فَإِنْ كان حُرًّا فَفِيهِ الدِّيَةُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ فيه حُكُومَةٌ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ كَمَالُ الدِّيَةِ إلَّا بِإِتْلَافِ النَّفْسِ لِأَنَّ الدِّيَةَ بَدَلُ النَّفْسِ إلَّا أَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِذَلِكَ عِنْدَ تَفْوِيتِ مَنْفَعَةِ الْجِنْسِ كما في قَطْعِ الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ وَنَحْوِ ذلك لِأَنَّ تَفْوِيتَ مَنْفَعَةِ الْجِنْسِ يَجْعَلُ النَّفْسَ تَالِفَةً من وَجْهٍ ولم يُوجَدْ ذلك في حَلْقِ الشَّعْرِ فَبَقِيَ الْحُكْمُ فيه مَرْدُودًا إلَى الْأَصْلِ وَلِهَذَا لم يَجِبْ في حَلْقِ شَعْرِ سَائِرِ الْبَدَنِ

وَلَنَا أَنَّ الشَّعْرَ لِلنِّسَاءِ وَالرِّجَالِ جَمَالٌ كَامِلٌ وَكَذَا اللِّحْيَةُ لِلرِّجَالِ

وَالدَّلِيلُ عليه ما رُوِيَ من الحديث أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى عز وجل خَلَقَ في سَمَاءِ الدُّنْيَا مَلَائِكَةً من تَسْبِيحِهِمْ سُبْحَانَ الذي زَيَّنَ الرِّجَالَ بِاللِّحَى وَالنِّسَاءَ بِالذَّوَائِبِ وَتَفْوِيتُ الْجَمَالِ على الْكَمَالِ في حَقِّ الْحُرِّ يُوجِبُ كَمَالَ الدِّيَةِ كَالْمَارِنِ وَالْأُذُنِ الشَّاخِصَةِ

وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا إظْهَارُ شَرَفِ الْآدَمِيِّ وَكَرَامَتِهِ وَشَرَفُهُ في الْجَمَالِ فَوْقَ شَرَفِهِ في الْمَنَافِعِ ثُمَّ تَفْوِيتُ الْمَنَافِعِ على الْكَمَالِ لَمَّا أَوْجَبَ كَمَالَ الدِّيَةِ فَتَفْوِيتُ الْجَمَالِ على الْكَمَالِ أَوْلَى بِخِلَافِ شَعْرِ سَائِرِ الْبَدَنِ لِأَنَّهُ لَا جَمَالَ فيه على الْكَمَالِ لِأَنَّهُ لَا يَظْهَرُ لِلنَّاسِ فَتَفْوِيتُهُ لَا يُوجِبُ كَمَالَ الدِّيَةِ

وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال في الرَّأْسِ إذَا حُلِقَ فلم يَنْبُتْ الدِّيَةُ كَامِلَةً

وَكَذَا رُوِيَ عنه أَنَّهُ قال في اللِّحْيَةِ إذَا حُلِقَتْ فلم تَنْبُتْ الدِّيَةُ

وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلًا أَغْلَى مَاءً فَصَبَّهُ على رَأْسِ رَجُلٍ فَانْسَلَخَ جِلْدُ رَأْسِهِ فَقَضَى سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه بِالدِّيَةِ

وَعَنْ الْفَقِيهِ أبي حعفر ( ( ( جعفر ) ) ) الْهِنْدُوَانِيُّ أَنَّهُ قال إنَّمَا يَجِبُ كَمَالُ الدِّيَةِ في اللِّحْيَةِ إذَا كانت كَامِلَةً بِحَيْثُ يُتَجَمَّلُ بها فَأَمَّا إذَا كانت طَاقَاتٍ مُتَفَرِّقَةً لَا يُتَجَمَّلُ بها فَلَا شَيْءَ فيها وَإِنْ كانت غير مُتَوَفِّرَةٍ بِحَيْثُ يَقَعُ بها الْجَمَالُ الْكَامِلُ وَلَيْسَتْ مِمَّا يَشِينُ فَفِيهَا حُكُومَةُ عَدْلٍ

وَأَمَّا شَعْرُ الْعَبْدِ وَلِحْيَتُهُ فذكر في الْأَصْلِ أَنَّ فيه حُكُومَةً

وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ فيه الْقِيمَةَ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْقِيمَةَ في الْعَبِيدِ كَالدِّيَةِ في الْأَحْرَارِ فلما وَجَبَتْ في الْحُرِّ الدِّيَةُ تَجِبُ في الْعَبْدِ الْقِيمَةُ

وَجْهُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ أَنَّ الْجَمَالَ في العبيد ( ( ( العبد ) ) ) ليس بِمَقْصُودٍ بَلْ الْمَقْصُودُ منهم الْخِدْمَةُ وَتَفْوِيتُ ما ليس بِمَقْصُودٍ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ كَمَالُ الدِّيَةِ

وَلَوْ حَلَقَ رَأْسَ إنْسَانٍ أو لِحْيَتَهُ ثُمَّ نَبَتَ فَلَا شَيْءَ عليه لِأَنَّ النَّابِتَ قام مَقَامَ الْفَائِتِ فَكَأَنَّهُ لم يَفُتْ الْجَمَالُ أَصْلًا وفي الصغر ( ( ( الصعر ) ) ) وهو اعْوِجَاجُ الرَّقَبَةِ كَمَالُ الدِّيَةِ لِوُجُودِ تَفْوِيتِ مَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ وَتَفْوِيتِ الْجَمَالِ على الْكَمَالِ

وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَأَمَّا شَرَائِطُ الْوُجُوبِ فَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الْجِنَايَةُ خَطَأً فِيمَا في عَمْدِهِ الْقِصَاصُ وَأَمَّا ما لَا قِصَاصَ في عَمْدِهِ فَيَسْتَوِي فيه الْعَمْد وَالْخَطَأُ وقد بَيَّنَّا ما في عَمْدِهِ الْقِصَاصُ وما لَا قِصَاصَ فيه فِيمَا تَقَدَّمَ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَجْنِيُّ عليه ذَكَرًا فَإِنْ كان أُنْثَى فَعَلَيْهِ دِيَةُ أُنْثَى وهو نِصْفُ دِيَةِ الذَّكَرِ سَوَاءٌ كان الْجَانِي ذَكَرًا أو أُنْثَى لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ على ذلك وهو تَنْصِيفُ دِيَةِ الْأُنْثَى من دِيَةِ الذَّكَرِ على ما ذَكَرْنَا في دِيَةِ النَّفْسِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْجَانِي وَالْمَجْنِيُّ عليه حُرَّيْنِ فَإِنْ كان الْجَانِي حُرًّا وَالْمَجْنِيُّ عليه عَبْدًا فَلَا دِيَةَ فيه وَفِيهِ الْقِيمَةُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه ثُمَّ إنْ كان قَلِيلَ الْقِيمَةِ وَجَبَتْ جَمِيعُ الْقِيمَةِ وَإِنْ كان كَثِيرَ الْقِيمَةِ بِأَنْ بَلَغَتْ الدِّيَةُ يُنْقَصُ من قِيمَتِهِ عَشَرَةٌ كَذَا رَوَى أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال كُلُّ شَيْءٍ من الْحُرِّ فيه الدِّيَةُ فَهُوَ من الْعَبْدِ فيه الْقِيمَةُ وَكُلُّ شَيْءٍ من الْحُرِّ فيه نِصْفُ الدِّيَةِ فَهُوَ من الْعَبْدِ فيه نِصْفُ الْقِيمَةِ

وَكَذَلِكَ الْجِرَاحَاتُ وَعُمُومُ هذه الرِّوَايَةِ يَقْتَضِي أَنَّ كُلَّ شَيْءٍ من الْحُرِّ فيه قَدْرٌ من الدِّيَةِ فَمِنْ الْعَبْدِ فيه ذلك الْقَدْرُ من قِيمَتِهِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين ما يُقْصَدُ بِهِ الْمَنْفَعَةُ كَالْعَيْنِ وَالْيَدِ وَالرِّجْلِ وَبَيْنَ ما يُقْصَدُ بِهِ الْجَمَالُ وَالزِّينَةُ مِثْلُ الْحَاجِبِ وَالشَّعْرِ وَالْأُذُنِ

وَهَكَذَا رَوَى الْحَسَنُ رَحِمَهُ اللَّهُ عنه أَنَّهُ إنْ حَلَقَ أَحَدَ حَاجِبَيْهِ فلم يَنْبُتْ أو نَتَفَ أَشْفَارَ عَيْنَيْهِ الْأَسْفَلِ أو الْأَعْلَى يَعنِي أَهْدَابَهُ فلم تَنْبُتْ أو قَطَعَ إحْدَى شَفَتَيْهِ الْعُلْيَا أو السُّفْلَى أَنَّ عليه في كل وَاحِدٍ من ذلك نِصْفَ الْقِيمَةِ

وقال أبو يُوسُفَ

---



---

رَجَعَ أبو حَنِيفَةَ في حَاجِبِ الْعَبْدِ وفي أُذُنَيْهِ وقال فيه حُكُومَةُ الْعَدْلِ

وَكَذَا قال مُحَمَّدٌ اسْتَقْبَحَ أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ يَضْمَنَ في أُذُنِ الْعَبْدِ نِصْفَ الْقِيمَةِ وَهَذَا دَلِيلُ الرُّجُوعِ أَيْضًا

وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْوَاجِبَ فِيمَا يُقْصَدُ بِهِ الْمَنْفَعَةُ هو الْقِيمَةُ رِوَايَةً وَاحِدَةً عنه وَفِيمَا يُقْصَدُ بِهِ الزِّينَةُ وَالْجَمَالُ عنه رِوَايَتَانِ
وقال مُحَمَّدٌ الْوَاجِبُ في ذلك كُلِّهِ النُّقْصَانُ يُقَوَّمُ الْعَبْدُ مَجْنِيًّا عليه وَيُقَوَّمُ وَلَيْسَ بِهِ الْجِنَايَةُ فَيَغْرَمُ الْجَانِي ما بين الْقِيمَتَيْنِ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ الْآخَرُ وَقَوْلُهُ الْأَوَّلُ مع أبي حَنِيفَةَ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ ما دُونَ النَّفْسِ من الْعَبْدِ له حُكْمُ الْمَالِ لِأَنَّهُ خُلِقَ لِمَصْلَحَةِ النَّفْسِ كَالْمَالِ وَبِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ فيه الْقِصَاصُ وَلَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ فَكَانَ ضَمَانُهُ ضَمَانَ الْأَمْوَالِ وَضَمَانُ الْأَمْوَالِ غَيْرُ مُقَدَّرٍ بَلْ يَجِبُ بِقَدْرِ نُقْصَانِ الْمَالِ كما في سَائِرِ الْأَمْوَالِ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْجَمْعِ لِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ الْقِيمَةَ في الْعَبْدِ كَالدِّيَةِ في الْحُرِّ فلما جَازَ تَقْدِيرُ ضَمَانِ جِنَايَةِ الْحُرِّ بِدِيَتِهِ جَازَ تَقْدِيرُ ضَمَانِ جِنَايَةِ الْعَبْدِ بِقِيمَتِهِ وَلِأَنَّ التَّقْدِيرَ قد دخل على الْجِنَايَةِ عليه في النَّفْسِ حتى لَا يَبْلُغَ الدِّيَةَ إذَا كان كَثِيرَ الْقِيمَةِ فَجَازَ أَنْ يَدْخُلَ في ضَمَانِ الْجِنَايَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ كَالْحُرِّ

وَوَجْهُ رِوَايَةِ الْفَرْقِ له أَنَّ الْجَمَالَ ليس بِمَقْصُودٍ في الْعَبِيدِ بَلْ الْمَقْصُودُ منهم الْخِدْمَةُ فَأَمَّا الْمَنْفَعَةُ فَمَقْصُودَةٌ من الْأَحْرَارِ وَالْعَبِيدِ جميعا وَلِأَنَّ ما دُونَ النَّفْسِ من الْعَبِيدِ له شِبْهُ النَّفْسِ وَشِبْهُ الْمَالِ
أَمَّا شِبْهُ النَّفْسِ فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ من أَجْزَاءِ النَّفْسِ حَقِيقَةً
وَأَمَّا شِبْهُ الْمَالِ فإنه لَا يَجِبُ فيه الْقِصَاصُ وَلَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِالشَّبَهَيْنِ فَيُعْمَلُ بِشِبْهِ النَّفْسِ فِيمَا يُقْصَدُ بِهِ الْمَنْفَعَةُ بِتَقْدِيرِ ضَمَانِهِ بِالْقِيمَةِ كما لو جَنَى على النَّفْسِ وَيُعْمَلُ بِشِبْهِ الْمَالِ فِيمَا يُقْصَدُ بِهِ الْجَمَالُ فلم يُقَدَّرْ ضَمَانُهُ بِالْقِيمَةِ كما إذَا أَتْلَفَ الْمَالَ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ
وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عَمَّا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ من عَدَمِ وُجُوبِ الْقِصَاصِ وَتَحَمُّلِ الْعَاقِلَةِ لِأَنَّ ذلك عَمَلٌ بِشِبْهِ الْمَالِ وإنه لَا يَنْفِي الْعَمَلَ بشبهة ( ( ( بشبه ) ) ) النَّفْسِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِهِمَا جميعا وَذَلِكَ فِيمَا قُلْنَا
ثُمَّ الْحُرُّ إذَا فَقَأَ عَيْنَيْ عبد إنْسَانٍ أو قَطَعَ يَدَيْهِ أو رِجْلَيْهِ حتى وَجَبَ عليه كَمَالُ الْقِيمَةِ فَمَوْلَاهُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ سَلَّمَهُ إلَى الفاقىء ( ( ( الفاقئ ) ) ) وَأَخَذَ قِيمَتَهُ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ وَلَا شَيْءَ له
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ له أَنْ يَمْسِكَهُ وَيَأْخُذَ ما نَقَصَهُ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ له أَنْ يَمْسِكَهُ وَيَأْخُذَ جَمِيعَ الْقِيمَةِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْوَاجِبَ فيه وهو الْقِيمَةُ ضَمَانُ الْعُضْوَيْنِ الْفَائِتَيْنِ لَا غَيْرُ فَيَبْقَى الباقى على مِلْكِهِ كما لو فَقَأَ إحْدَى عَيْنَيْهِ أو قَطَعَ إحْدَى يَدَيْهِ أَنَّهُ يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ وَيَبْقَى الْبَاقِي على مِلْكِ مَالِكِهِ
كَذَا هذا
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الضَّمَانَ بِمُقَابَلَةِ الْعَيْنَيْنِ كما قال الشَّافِعِيُّ عليه الرَّحْمَةُ لَكِنَّ الرَّقَبَةَ هَلَكَتْ من وَجْهٍ لِفَوَاتِ مَنْفَعَةِ الْجِنْسِ فَيُخَيَّرُ الْمَوْلَى إنْ شَاءَ مَالَ إلَى جِهَةِ الْهَلَاكِ وَضَمِنَهُ الْقِيمَةَ وسلم الْعَبْدَ إلَى الفاقىء ( ( ( الفاقئ ) ) ) لِوُصُولِ عِوَضِ الرَّقَبَةِ إلَيْهِ وَإِنْ شَاءَ مَالَ إلَى جِهَةِ الْقِيَامِ وَأَمْسَكَهُ وَضَمِنَ النُّقْصَانَ وهو بَدَلُ الْعَيْنَيْنِ كما يُخَيَّرُ صَاحِبُ الْمَالِ عِنْدَ النُّقْصَانِ الْفَاحِشِ في الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ لَمَّا وَصَلَ إلَى الْمَوْلَى بَدَلُ النَّفْسِ فَلَوْ بقى الْعَبْدُ على مِلْكِهِ لَاجْتَمَعَ الْبَدَلُ وَالْمُبْدَلُ في مِلْكِ رَجُلٍ واحد فِيمَا يَصِحُّ تَمْلِيكُهُ بِعُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ كما لَا يَجُوزُ اجْتِمَاعُ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ في مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَلَا يَلْزَمُ ما إذَا غَصَبَ مُدَبَّرًا فَأَبَقَ من يَدِهِ أَنَّ الْمَوْلَى يَضْمَنُهُ قِيمَتَهُ

وَالْمُدَبَّرُ على مِلْكِهِ لِأَنَّهُ لَا يُحْتَمَلُ التَّمْلِيكُ بِعَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ وَلَا تَلْزَمُ الْهِبَةُ بِشَرْطِ الْعِوَضِ إذَا سَلَّمَ الْهِبَةَ ولم يَقْبِضْ الْعِوَضَ أَنَّهُ اجْتَمَعَ على مِلْكِ الْمَوْهُوبِ له الْعِوَضُ وَالْمُعَوَّضُ لِأَنَّ الْعِوَضَ قبل الْقَبْضِ لَا يَكُونُ عِوَضًا فلم يَجْتَمِعْ الْعِوَضُ وَالْمُعَوَّضُ وَلَا يَلْزَمُ الْبَيْعُ الْفَاسِدُ إذَا قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ ولم يُسَلِّمْ الثَّمَنَ لِأَنَّ الثَّمَنَ ليس بِبَدَلٍ في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ
إنَّمَا الْبَدَلُ الْقِيمَةُ وقد مَلَكَهَا الْبَائِعُ حين مَلَكَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ فلم يَجْتَمِعْ الْبَدَلُ وَالْمُبْدَلُ في مِلْكِهِ وَلَا يَلْزَمُ ما إذَا اشْتَرَى عَبْدًا بِجَارِيَةٍ على أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فَقَبَضَ الْعَبْدَ فَأَعْتَقَهُمَا جميعا أَنَّهُ يَنْفُذُ إعْتَاقُهُ فِيهِمَا جميعا وقد اجْتَمَعَ الْعِوَضُ وَالْمُعَوَّضُ على مِلْكِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا عتقهما ( ( ( أعتقهما ) ) ) فَسَدَ الْبَيْعُ في الْجَارِيَةِ وَصَارَ الْعِوَضُ عن الْعَبْدِ الْقِيمَةَ وَمَلَكَهَا الْبَائِعُ في مُقَابَلَةِ مِلْكِ الْعَبْدِ فلم يَجْتَمِعْ الْعِوَضُ وَالْمُعَوَّضُ وَلَا يَلْزَمُ ما إذَا اسْتَأْجَرَ شيئا وَعَجَّلَ الْأُجْرَةَ أَنَّ الْمُؤَاجِرَ يَمْلِكُهَا وَالْمَنَافِعُ على مِلْكِهِ
فَقَدْ اجْتَمَعَ الْبَدَلُ وَالْمُبْدَلُ في مِلْكٍ وَاحِدٍ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تُمْلَكُ عِنْدَنَا إلَّا بَعْدَ وُجُودِهَا
وَكُلَّمَا وُجِدَ جُزْءٌ منها حَدَثَ على مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ فلم يَجْتَمِعْ الْعِوَضُ وَالْمُعَوَّضُ على مِلْكِ الْمُؤَاجِرِ وَلَا يَلْزَمُ ما إذَا غَصَبَ عَبْدًا فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً ثُمَّ رَدَّهُ على مَوْلَاهُ فَجَنَى عِنْدَهُ

---



---

جِنَايَةً أُخْرَى وَدَفَعَهُ بِالْجِنَايَتَيْنِ أَنَّهُ يَرْجِعُ على الْغَاصِبِ بِنِصْفِ الْقِيمَةِ فَيَدْفَعُهَا إلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى
وَمَعْلُومٌ أَنَّ نِصْفَ الْقِيمَةِ عِوَضٌ عن نِصْفِ الرَّقَبَةِ الذي سَلَّمَ له فَقَدْ اجْتَمَعَ في مِلْكِهِ وهو نِصْفُ الْعَبْدِ الْعِوَضُ وَالْمُعَوَّضُ لِأَنَّ الْمُمْتَنِعَ اجْتِمَاعُ الْعِوَضِ وَالْمُعَوَّضِ في مِلْكِ رَجُلٍ بِعَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ ولم يُوجَدْ هُنَاكَ لِأَنَّ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ إنَّمَا يَأْخُذُ عِوَضًا عن جِنَايَتِهِ لَا عن الْمَالِ وَاجْتِمَاعُ الْعِوَضِ وَالْمُعَوَّضِ في مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ بِغَيْرِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ جَائِزٌ كَمَنْ اسْتَوْهَبَ الْمَبِيعَ من الْبَائِعِ وَالثَّمَنَ من الْمُشْتَرِي أو وَرِثَهُمَا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَإِنْ كان الْجَانِي عَبْدًا وَالْمَجْنِيُّ عليه حُرًّا أو كَانَا جميعا عَبْدَيْنِ فَحُكْمُ هذه الْجِنَايَةِ وُجُوبُ الدَّفْعِ إلَّا أَنْ يَخْتَارَ الْمَوْلَى الْفِدَاءَ على ما ذَكَرْنَا في جِنَايَاتِ الْعَبِيدِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فصل وَأَمَّا الذي يَجِبُ فيه أَرْشٌ مُقَدَّرٌ فَفِي كل اثْنَيْنِ من الْبَدَنِ فِيهِمَا كَمَالُ الدِّيَةِ في أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ من إحْدَى الْعَيْنَيْنِ وَالْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ وَالْأُذُنَيْنِ وَالْحَاجِبَيْنِ إذَا لم تَنْبُتْ وَالشَّفَتَيْنِ وَالْأُنْثَيَيْنِ وَالثَّدْيَيْنِ وَالْحَلَمَتَيْنِ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَتَبَ في كِتَابِ عَمْرِو بن حَزْمٍ وفي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ وفي إحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ وفي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ وفي إحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ وَلِأَنَّ كُلَّ الدِّيَةِ عِنْدَ قَطْعِ الْعُضْوَيْنِ يُقَسَّمُ عَلَيْهِمَا
فَيَكُونُ في أَحَدِهِمَا النِّصْفُ لِأَنَّ وُجُوبَ الْكُلِّ في الْعُضْوَيْنِ لِتَفْوِيتِ كل الْمَنْفَعَةِ الْمَقْصُودَةِ من الْعُضْوَيْنِ وَالْفَائِتُ بِقَطْعِ أَحَدِهِمَا النِّصْفُ فَيَجِبُ فيه نِصْفُ الدِّيَةِ وَيَسْتَوِي فيه الْيَمِينُ وَالْيَسَارُ لِأَنَّ الحديث لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بَيْنَهُمَا وَسَوَاءٌ ذَهَبَ

بِالْجِنَايَةِ على الْعَيْنِ نُورُ الْبَصَرِ دُونَ الشَّحْمَةِ أو ذَهَبَ الْبَصَرُ مع الشَّحْمَةِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من الْعَيْنِ الْبَصَرُ وَالشَّحْمَةُ فيه تَابِعَةٌ
وَكَذَا الْعُلْيَا وَالسُّفْلَى من الشَّفَتَيْنِ سَوَاءٌ عِنْدَ عَامَّةِ الصَّحَابَةِ رِضْوَانُ اللَّهِ عليهم
وَرُوِيَ عن زَيْدِ بن ثَابِتٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ فَضَّلَ بَيْنَهُمَا فَأَوْجَبَ في السُّفْلَى الثُّلُثَيْنِ وفي الْعُلْيَا الثُّلُثُ لِزِيَادَةِ جَمَالٍ في الْعُلْيَا وَمَنْفَعَةٍ في السُّفْلَى وَبَقِيَّةُ الصَّحَابَةِ سَوَّوْا بَيْنَهُمَا
وهو قَوْلُ جَمَاعَةٍ من التَّابِعِينَ مِثْلِ شُرَيْحٍ وَإِبْرَاهِيمَ رضي اللَّهُ عنهما وَغَيْرِهِمَا سَوَاءٌ قَطَعَ الْحَلَمَةَ من ثَدْيِ الْمَرْأَةِ أو قَطَعَ الثَّدْيَ وَفِيهِ الْحَلَمَةُ فَفِيهِ نِصْفُ الدِّيَةِ لِلْحَلَمَةِ وَالثَّدْيُ تَبَعٌ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من الثَّدْيِ وهو مَنْفَعَةُ الرَّضَاعِ يَفُوتُ بِفَوَاتِ الْحَلَمَةِ
وَسَوَاءٌ كان ذلك بِضَرْبَةٍ أو ضَرْبَتَيْنِ إذَا كان قبل الْبُرْءِ من الْأُولَى
لِأَنَّ الْجِنَايَةَ لَا تَسْتَقِرُّ قبل الْبُرْءِ
فإذا أَتْبَعَهَا الثَّانِيَةَ قبل اسْتِقْرَارِهَا صَارَ كَأَنَّهُ أَوْقَعَهُمَا مَعًا
وفي أَصَابِعِ الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ في كل وَاحِدَةٍ منها عُشْرُ الدِّيَةِ وَهِيَ في ذلك سَوَاءٌ لَا فَضْلَ لِبَعْضٍ على بَعْضٍ
وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عنه أَنَّهُ قال في كل أُصْبُعٍ عَشْرٌ من الْإِبِلِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين أُصْبُعٍ وَأُصْبُعٍ
وَرُوِيَ عن عبد اللَّهِ بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال هذه وَهَذِهِ سَوَاءٌ وَأَشَارَ إلَى الْخِنْصَرِ وَالْإِبْهَامِ وَسَوَاءٌ قَطَعَ أَصَابِعَ الْيَدِ وَحْدَهَا أو قَطَعَ الْكَفَّ وَمَعَهَا الْأَصَابِعُ
وَكَذَلِكَ الْقَدَمُ مع الْأَصَابِعِ لِمَا رُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال في الْأَصَابِعِ في كل أُصْبُعٍ عَشْرٌ من الْإِبِلِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين ما إذَا قَطَعَ الْأَصَابِعَ وَحْدَهَا أو قَطَعَ الْكَفَّ التي فيها الْأَصَابِعُ وَلِأَنَّ الْأَصَابِعَ أَصْلٌ وَالْكَفُّ تَابِعَةٌ لها لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْمَقْصُودَةَ من الْيَدِ الْبَطْشُ وإنها تَحْصُلُ بِالْأَصَابِعِ فَكَانَ إتْلَافُهَا إتْلَافًا لِلْيَدِ وَسَوَاءٌ قَطَعَ الْأَصَابِعَ أو شُلَّ من الْجِرَاحَةِ أو يَبِسَ فَفِيهِ عَقْلُهُ تَامًّا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ منه يَفُوتُ وما كان من الْأَصَابِعِ فيه ثَلَاثُ مَفَاصِلَ فَفِي كل مِفْصَلٍ ثُلُثُ دِيَةِ الْأُصْبُعِ وما كان فيه مَفْصِلَانِ فَفِي كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ دِيَةِ الأصبع لِأَنَّ ما في الأصبع يَنْقَسِمُ على مَفَاصِلِهَا كما يَنْقَسِمُ ما في الْيَدِ على عَدَدِ الْأَصَابِعِ
وفي إحْدَى أَشْفَارِ الْعَيْنَيْنِ رُبْعُ الدِّيَةِ وفي الإثنين نِصْفُ الدِّيَةِ وفي الثلاثة ( ( ( الثلاث ) ) ) ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدِّيَةِ إنْ لم يَنْبُتْ لِأَنَّ في الْأَشْفَارِ كُلِّهَا الدِّيَةِ فَتُقَسَّمُ الدِّيَةُ على عَدَدِهَا كما تُقَسَّمُ الدِّيَةُ على الْيَدَيْنِ
وَإِنْ نَبَتَ فَلَا شَيْءَ فيه وسواء ( ( ( سواء ) ) ) قَطَعَ الشَّفْرَ وَحْدَهُ أو قَطَعَ معه الْجَفْنَ لِأَنَّ الْجَفْنَ تَبَعٌ لِلشَّفْرِ كَالْكَفِّ وَالْقَدَمِ لِلْأَصَابِعِ
وَكَذَا أَهْدَابُ الْعَيْنَيْنِ إذَا لم تَنْبُتْ حُكْمُهَا حُكْمُ الْأَشْفَارِ
وفي كل سِنٍّ خَمْسٌ من الْإِبِلِ يَسْتَوِي فيه الْمُقَدَّمُ وَالْمُؤَخَّرُ وَالثَّنَايَا وَالْأَضْرَاسُ وَالْأَنْيَابُ
وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال في كل سِنٍّ خَمْسٌ من الْإِبِلِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين سِنٍّ وَسِنٍّ
وَمِنْ الناس من فَضَّلَ أَرْشَ الطَّوَاحِنِ على أَرْشِ الضَّوَاحِكِ
وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الحديث

---

لَا يُوجِبُ الْفَضْلَ
وَهَذَا لَا يَجْرِي على قِيَاسِ الْأَصَابِعِ لِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ في كل سِنٍّ بِخَمْسٍ من الْإِبِلِ لِأَنَّ الْأَسْنَانَ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ فَيَزِيدُ الْوَاجِبُ في جُمْلَتِهَا على قَدْرِ الدِّيَةِ
وَلَوْ ضَرَبَ رَجُلًا ضَرْبَةً فَأَلْقَى أَسْنَانَهُ كُلَّهَا فَعَلَيْهِ دِيَةٌ وَثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ الدِّيَةِ
لِأَنَّ جُمْلَةَ الْأَسْنَانِ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ سِنًّا
عِشْرُونَ ضِرْسًا وَأَرْبَعَةُ أَنْيَابٍ وَأَرْبَعُ ثَنَايَا وَأَرْبَعُ ضَوَاحِكَ في كل سِنٍّ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ فَيَكُونُ جُمْلَتُهَا سِتَّةَ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَهِيَ دِيَةٌ وَثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ دِيَةٍ تُؤَدَّى هذه الْجُمْلَةُ في ثَلَاثِ سِنِينَ في السَّنَةِ الْأُولَى ثُلُثَا الدِّيَةِ
ثُلُثٌ من ذلك من الدِّيَةِ الْكَامِلَةِ وَهِيَ عَشَرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ
وَثُلُثٌ من ثَلَاثَةِ أَخْمَاسِ الدِّيَةِ وَهِيَ سِتَّةُ آلَافِ دِرْهَمٍ وفي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ الثُّلُثُ من الدِّيَةِ الْكَامِلَةِ وَالْبَاقِي من ثَلَاثَةِ أَخْمَاسِ الدِّيَةِ وفي السَّنَةِ الثَّالِثَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ وهو ما بَقِيَ من الدِّيَةِ الْكَامِلَةِ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الدِّيَةَ الْكَامِلَةَ تؤدي في ثَلَاثِ سِنِينَ في كل سَنَةٍ ثُلُثُهَا وَثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ الدِّيَةِ وَهِيَ سِتَّةُ آلَافِ دِرْهَمٍ تؤدي في سَنَتَيْنِ من السِّنِينَ الثَّلَاثِ
وَهَذَا يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ قَدْرُ الْمُؤَدَّى من الدِّيَةِ الْكَامِلَةِ وَالنَّاقِصَةِ في السَّنَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ وَقَدْرُ المؤدي من الدِّيَةِ الْكَامِلَةِ في السَّنَةِ الثَّالِثَةِ ما وَصَفْنَا
وَلَوْ ضَرَبَ أَسْنَانَ رَجُلٍ وَتَحَرَّكَتْ يُنْتَظَرُ بها حَوْلًا لِمَا رُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال يُسْتَأْنَى بِالْجِرَاحِ حتى تَبْرَأَ وَالتَّقْدِيرُ بِالسَّنَةِ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ يَظْهَرُ فيها حَقِيقَةُ حَالِهَا من السُّقُوطِ وَالتَّغَيُّرِ وَالثُّبُوتِ
وَسَوَاءٌ كان الْمَضْرُوبُ صَغِيرًا أو كَبِيرًا
كَذَا رُوِيَ في الْمُجَرَّدِ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ يُؤَجَّلُ سنه سَوَاءٌ كان صَغِيرًا أو كَبِيرًا
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُنْتَظَرُ في الصَّغِيرِ وَلَا يُنْتَظَرُ في الرَّجُلِ
وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُنْتَظَرُ إذَا تَحَرَّكَتْ وإذا سَقَطَتْ لَا يُنْتَظَرُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ السِّنَّ إذَا تَحَرَّكَتْ قد تَثْبُتُ وقد تَسْقُطُ
فَأَمَّا إذَا سَقَطَتْ فَالظَّاهِرُ أنها لَا تَثْبُتُ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ في الْفَرْقِ بين الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ أَنَّ سِنَّ الصَّغِيرِ يَثْبُتُ ظَاهِرًا وَغَالِبًا وَسِنُّ الْكَبِيرِ لَا يَثْبُتُ ظَاهِرًا
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ احْتِمَالَ النَّبَاتِ ثَابِتٌ فَيَجِبُ التَّوَقُّفُ فيه
فَإِنْ اشْتَدَّتْ ولم تَسْقُطْ فَلَا شَيْءَ فيها
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فيها حُكُومَةُ عَدْلٍ
وَإِنْ تَغَيَّرَتْ فَإِنْ كان التَّغَيُّرُ إلَى السَّوَادِ أو إلَى الْحُمْرَةِ أو إلَى الْخُضْرَةِ فَفِيهَا الْأَرْشُ تَامًّا لِأَنَّهُ ذَهَبَتْ مَنْفَعَتُهَا وَذَهَابُ مَنْفَعَةِ الْعُضْوِ بِمَنْزِلَةِ ذَهَابِ الْعُضْوِ وَإِنْ كان التَّغَيُّرُ إلَى الصُّفْرَةِ فَفِيهَا حُكُومَةُ الْعَدْلِ
وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ إنْ كان حُرًّا فَلَا شَيْءَ فيه وَإِنْ كان مَمْلُوكًا فَفِيهِ الْحُكُومَةُ
وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ لَا تَكَادُ تَصِحُّ عنه لِأَنَّ الْحُرَّ أَوْلَى بِإِيجَابِ الْأَرْشِ من الْعَبْدِ
وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ في الصُّفْرَةِ الْأَرْشُ تَامًّا كما في السَّوَادِ لِأَنَّ كُلَّ ذلك يُفَوِّتُ الْجَمَالَ

وَلَنَا أَنَّ الصُّفْرَةَ لَا تُوجِبُ فَوَاتَ الْمَنْفَعَةِ وَإِنَّمَا تُوجِبُ نُقْصَانَهَا فَتُوجِبُ حُكُومَةَ الْعَدْلِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ إنْ كَثُرَتْ الصُّفْرَةُ حتى تَكُونَ عَيْبًا كَعَيْبِ الْحُمْرَةِ وَالْخُضْرَةِ فَفِيهَا عَقْلُهَا تَامًّا وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ هذا قَوْلُهُمْ جميعا
وَإِنْ سَقَطَتْ فَإِنْ نَبَتَ مَكَانَهَا أُخْرَى يُنْظَرُ إنْ نَبَتَتْ صَحِيحَةً فَلَا شَيْءَ فيها في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه
وقال أبو يُوسُفَ عليه الْأَرْشُ كَامِلًا
كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ على قَوْلِ أبي يُوسُفَ فيها حُكُومَةَ الْعَدْلِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّهُ فَوَّتَ السِّنَّ وَالنَّابِتُ لَا يَكُونُ عِوَضًا عن الْفَائِتِ لِأَنَّ هذا الْعِوَضَ من اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فَلَا يَسْقُطُ بِهِ الضَّمَانُ الْوَاجِبُ كَمَنْ أَتْلَفَ مَالَ إنْسَانٍ
ثُمَّ إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى رَزَقَ الْمُتْلَفَ عليه مِثْلَ الْمُتْلَفِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ السِّنَّ يُسْتَأْنَى بها فَلَوْلَا أَنَّ الْحُكْمَ يَخْتَلِفُ بِالنَّبَاتِ لم يَكُنْ لِلِاسْتِينَاءِ فيه مَعْنًى لِأَنَّهُ لَمَّا نَبَتَتْ فَقَدْ عَادَتْ الْمَنْفَعَةُ وَالْجَمَالُ وَقَامَتْ الثَّانِيَةُ مَقَامَ الْأُولَى كَأَنَّ الْأُولَى قَائِمَةٌ كَسِنِّ الصَّبِيِّ
هذا إذَا نَبَتَتْ بِنَفْسِهَا فَأَمَّا إذَا رَدَّهَا صَاحِبُهَا إلَى مَكَانِهَا فَاشْتَدَّتْ وَنَبَتَ عليها اللَّحْمُ فَعَلَى الْقَالِعِ الْأَرْشُ بِكَمَالِهِ لِأَنَّ الْمُعَادَةَ لَا يُنْتَفَعُ بها لِانْقِطَاعِ الْعُرُوقِ بَلْ يَبْطُلُ بِأَدْنَى شَيْءٍ فَكَانَتْ إعَادَتُهَا وَالْعَدَمُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ وَلِهَذَا جَعَلَهَا مُحَمَّدٌ في حُكْمِ الْمَيْتَةِ حتى قال إنْ كانت أَكْثَرَ من قَدْرِ الدِّرْهَمِ لم تَجُزْ الصَّلَاةُ مَعَهَا

وأبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَرَّقَ بين سِنِّ نَفْسِهِ وَسِنِّ غَيْرِهِ فَأَجَازَ الصَّلَاةَ في سِنِّ نَفْسِهِ دُونَ سِنِّ غَيْرِهِ
وَعَلَى هذا إذَا قَطَعَ أُذُنَهُ فَخَاطَهَا فَالْتَحَمَتْ أنه لَا يَسْقُطُ عنه الْأَرْشُ لِأَنَّهَا لَا تَعُودُ إلَى ما كانت عليه فَلَا يَعُودُ الْجَمَالُ
هذا إذَا نَبَتَتْ مَكَانَهَا أُخْرَى صَحِيحَةً فَأَمَّا إذَا نَبَتَتْ مُعْوَجَّةً فَفِيهَا حُكُومَةُ الْعَدْلِ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ نَبَتَتْ مُتَغَيِّرَةً بِأَنْ نَبَتَتْ سَوْدَاءَ أو حَمْرَاءَ أو خَضْرَاءَ أو صَفْرَاءَ فَحُكْمُهَا حُكْمُ ما لو كانت قَائِمَةً فَتَغَيَّرَتْ بِالضَّرْبَةِ لِأَنَّ النَّابِتَ قام مَقَامَ

---



---

الذَّاهِبِ فَكَأَنَّ الْأُولَى قَائِمَةٌ وَتَغَيَّرَتْ وقد بَيَّنَّا حُكْمَ ذلك
وَأَمَّا سِنُّ الصَّبِيِّ إذَا ضُرِبَ عليها فَسَقَطَتْ فَإِنْ كان قد ثُغِرَ فَسِنُّهُ وَسِنُّ الْبَالِغِ سَوَاءٌ وقد ذَكَرْنَاهُ
وَإِنْ كان قبل أَنْ يُثْغَرَ فَإِنْ لم تَنْبُتْ أو نَبَتَتْ مُتَغَيِّرَةً فَكَذَلِكَ وَإِنْ نَبَتَتْ صَحِيحَةً فَلَا شَيْءَ فيها في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه كما في سِنِّ الْبَالِغِ وفي قَوْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فيها حُكُومَةُ الْأَلَمِ
فَرَّقَ أبو يُوسُفَ على ما ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بين سِنِّ الْبَالِغِ وَالصَّبِيِّ لِأَنَّ سِنَّ الصَّبِيِّ إذَا لم يُثْغَرْ لَا نَبَاتَ له الأعلى شَرَفِ السُّقُوطِ بِخِلَافِ سِنِّ الْبَالِغِ
وَهَذِهِ فُرَيْعَةُ مَسْأَلَةِ الشَّجَّةِ إذَا الْتَحَمَتْ وَنَبَتَ الشَّعْرُ عليها أَنَّهُ لَا شَيْءَ على

الشَّاجِّ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ عليه الرَّحْمَةُ فيها حُكُومَةُ الْأَلَمِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ عليه الرَّحْمَةُ فيها أُجْرَةُ الطَّبِيبِ وَالْمَسْأَلَةُ تَأْتِي في بَيَانِ حُكْمِ الشِّجَاجِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَلَوْ ضَرَبَ على سِنِّ إنْسَانٍ فَتَحَرَّكَ فَأَجَّلَهُ الْقَاضِي سَنَةً ثُمَّ جاء الْمَضْرُوبَ وقد سَقَطَتْ سِنُّهُ فقال إنَّمَا سَقَطَتْ من ضَرْبَتِك وقال الضَّارِبُ ما سَقَطَتْ بِضَرْبَتِي فَالْمَضْرُوبُ لَا يَخْلُو إمَّا إن جاء في السَّنَةِ وَإِمَّا إن جاء بَعْدَ مُضِيِّ السَّنَةِ

فَإِنْ جاء في السَّنَةِ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الضَّارِبِ وفي الِاسْتِحْسَانِ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَضْرُوبِ

وَلَوْ شَجَّ رَأْسَ إنْسَانٍ مُوضِحَةً فَصَارَتْ مُنَقِّلَةً فَاخْتَلَفَا في ذلك فقال الْمَشْجُوجُ صَارَتْ مُنَقِّلَةً بِضَرْبَتِك وَعَلَيْك أَرْشُ الْمُنَقِّلَةِ

وقال الشَّاجُّ لَا بَلْ صَارَتْ مُنَقِّلَةً بِضَرْبَةٍ أُخْرَى حَدَثَتْ فَالْقِيَاسُ على السِّنِّ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الشَّاجِّ وفي الِاسْتِحْسَانِ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَشْجُوجِ

والقياس ( ( ( وللقياس ) ) ) وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْمَضْرُوبَ وَالْمَشْجُوجَ يَدَّعِيَانِ على الضَّارِبِ وَالشَّاجِّ الضَّمَانَ وَهُمَا يُنْكِرَانِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ مع يَمِينِهِ

وَالثَّانِي أَنَّهُ وَقَعَ التَّعَارُضَ بين قَوْلَيْهِمَا وَالضَّمَانُ لم يَكُنْ وَاجِبًا فَلَا تَجِبُ بِالشَّكِّ

وَإِلَى هذا أَشَارَ مُحَمَّدٌ في الْأَصْلِ فقال أُسْتُحْسِنَ في السِّنِّ لِوُرُودِ الْأَثَرِ وَالْأَثَرُ عن إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ

وَلِلِاسْتِحْسَانِ وَجْهَانِ من الْفَرْقِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لِلْمَضْرُوبِ في مَسْأَلَةِ السِّنِّ لِأَنَّ سَبَبَ السُّقُوطِ حَصَلَ من الضَّارِبِ وهو الضَّرْبُ الْمُحَرِّكُ لِأَنَّ التَّحَرُّكَ سَبَبُ السُّقُوطِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْمَضْرُوبِ بِخِلَافِ الشَّجَّةِ لِأَنَّ الشَّجَّةَ الْمُوضِحَةُ لَا تَكُون سَبَبًا لِصَيْرُورَتِهَا مُنَقِّلَةً فلم يَكُنْ الظَّاهِرُ شَاهِدًا له وَالْقَوْلُ قَوْلُ من يَشْهَدُ له الظَّاهِرُ

وَالثَّانِي أَنَّهُ لَمَّا جَرَى التَّأْجِيلُ حَوْلًا في السِّنِّ وَالتَّأْجِيلُ مُدَّةَ الْحَوْلِ لِانْتِظَارِ ما يَكُونُ من الضَّرْبَةِ فإذا جاء في الْحَوْلِ وقد سَقَطَتْ سِنُّهُ فَقَدْ جاء بِمَا وَقَعَ له الِانْتِظَارُ من الضَّرْبَةِ في مُدَّةِ الِانْتِظَارِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا له

فَأَمَّا الشَّجَّةُ فلم يُقَدَّرْ في انْتِظَارِهَا وَقْتٌ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الشَّاجِّ في قَدْرِ الشَّجَّةِ وَإِنْ جاء بَعْدَ مُضِيِّ السَّنَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الضَّارِبِ لِأَنَّ التَّأْجِيلَ مُدَّةَ الْحَوْلِ لِاسْتِقْرَارِ حَالِ السِّنِّ لِظُهُورِ حَالِهَا في هذه الْمُدَّةِ عَادَةً فإذا لم يجيء ( ( ( يجئ ) ) ) دَلَّ على سَلَامَتِهَا عن السُّقُوطِ بِالضَّرْبَةِ فَكَانَ السُّقُوطُ مُحَالًا إلَى سَبَبٍ حَادِثٍ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلضَّارِبِ أو لم يَشْهَدْ لِأَحَدِهِمَا فَيَبْقَى الْمَضْرُوبُ مُدَّعِيًا ضَمَانًا على الضَّارِبِ وهو يُنْكِرُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ أو يَقَعُ التَّعَارُضَ فَيَقَعُ الشَّكُّ في وُجُوبِ الضَّمَانِ وَالضَّمَانُ لَا يَجِبُ بِالشَّكِّ وَكَذَا على الْوَجْهِ الثَّانِي زَمَانُ ما بَعْدَ الْحَوْلِ لم يُجْعَلْ لِانْتِظَارِ حَالِ السِّنِّ فَاحْتُمِلَ السُّقُوطُ من ضَرْبَةٍ أُخْرَى من غَيْرِهِ وَاحْتُمِلَ من ضَرْبَتِهِ فَلَا يُمْكِنُ الْقَوْلُ بِوُجُوبِ الضَّمَانِ مع وُقُوعِ الشَّكِّ في وُجُوبِهِ

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ

وَأَمَّا الشِّجَاجُ فَالْكَلَامُ في الشَّجَّةِ يَقَعُ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ حُكْمِهَا بِنَفْسِهَا وَالثَّانِي في بَيَانِ حُكْمِهَا بِغَيْرِهَا أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْمُوضِحَةُ إذَا بَرِئَتْ وَبَقِيَ لها أَثَرٌ فَفِيهَا خَمْسٌ من الْإِبِلِ وفي الْهَاشِمَة عَشْرٌ وفي الْمُنَقِّلَةِ خمسة ( ( ( خمس ) ) ) عشر وفي الْآمَّةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ

هَكَذَا رُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال في الْمُوضِحَةِ خَمْسٌ من الْإِبِلِ

وفي الْهَاشِمَةِ عَشْرٌ وفي الْمُنَقِّلَةِ خمسة ( ( خمس ) ) ) عشر وفي الْآمَّةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ وَلَيْسَ فِيمَا قبل الْمُوضِحَةِ من الشِّجَاجِ أَرْشٌ مُقَدَّرٌ
وَإِنْ لم يَبْقَ لها أَثَرٌ بِأَنْ الْتَحَمَتْ وَنَبَتَ عليها الشَّعْرُ فَلَا شَيْءَ فيها في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه
وقال أبو يُوسُفَ عليه حُكُومَةُ الْأَلَمِ
وقال مُحَمَّدٌ عليه أُجْرَةُ الطَّبِيبِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ أُجْرَةَ الطَّبِيبِ إنَّمَا لَزِمَتْهُ بِسَبَبِ هذه الشَّجَّةِ فَكَأَنَّهُ أَتْلَفَ عليه هذا الْقَدْرَ من الْمَالِ
وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الشَّجَّةَ قد تَحَقَّقَتْ وَلَا سَبِيلَ إلَى إهْدَارِهَا وقد تَعَذَّرَ إيجَابُ أَرْشِ الشَّجَّةِ فَيَجِبُ أَرْشُ الْأَلَمِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْأَرْشَ إنَّمَا يَجِبُ بِالشَّيْنِ الذي يَلْحَقُ الْمَشْجُوجَ بِالْأَثَرِ وقد زَالَ ذلك فَسَقَطَ الْأَرْشُ

---



---

وَالْقَوْلُ بِلُزُومِ حُكُومَةِ الْأَلَمِ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ مُجَرَّدَ الْأَلَمِ لَا ضَمَانَ له في الشَّرْعِ كَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا ضَرْبًا وَجِيعًا وَكَذَا إيجَابُ أُجْرَةِ الطَّبِيبِ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ لَا تَتَقَوَّمُ مَالًا بِالْعَقْدِ أو شُبْهَةِ الْعَقْدِ ولم يُوجَدْ في حَقِّ الْجَانِي الْعَقْدُ وَلَا شُبْهَتُهُ فَلَا يَجِبُ عليه أُجْرَةُ الطَّبِيبِ
وَأَمَّا حُكْمُهَا بِغَيْرِهَا بِأَنْ شَجَّ رَأْسَ إنْسَانٍ مُوضِحَةً فَسَقَطَ شَعْرُ رَأْسِهِ أو ذَهَبَ عَقْلُهُ أو بَصَرُهُ أو سَمْعُهُ أو كَلَامُهُ أو شَمُّهُ أو ذَوْقُهُ أو جِمَاعُهُ أو إيلَادُهُ فَلَا شَكَّ في أَنَّهُ يَجِبُ عليه أَرْشُ هذه الْأَشْيَاءَ
وَهَلْ يَجِبُ عليه أَرْشُ الْمُوضِحَةِ أَمْ يَدْخُلُ في أَرْشِهَا عِنْدَهُمَا لَا يَدْخُلُ أَرْشُ الْمُوضِحَةِ إلَّا في الشَّعْرِ وَالْعَقْلِ وَلَا يَدْخُلُ فِيمَا وَرَاءَ ذلك
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْإِمْلَاءِ يَدْخُلُ في الْكُلِّ إلَّا في الْبَصَرِ
وقال الْحَسَنُ بن زِيَادٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَدْخُلُ إلَّا في الشَّعْرِ فَقَطْ
وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَدْخُلُ في شَيْءٍ من ذلك أَصْلًا
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الشَّجَّةَ وَإِذْهَابَ الشَّعْرِ وَالْعَقْلِ وَغَيْرِهِمَا جِنَايَتَانِ مُخْتَلِفَتَانِ فَلَا يَدْخُلُ إحْدَاهُمَا في الْأُخْرَى كَسَائِرِ الْجِنَايَاتِ من قَطْعِ الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ وَنَحْوِ ذلك
وَجْهُ قَوْلِ الْحَسَنِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُمَا جِنَايَتَانِ اخْتَلَفَ مَحَلُّهُمَا وَالْمَقْصُودُ مِنْهُمَا فَلَا يَدْخُلُ أَرْشُ إحْدَاهُمَا في الْأُخْرَى كَأَرْشِ الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ
وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ السَّمْعَ وَالْكَلَامَ وَالشَّمَّ وَالذَّوْقَ وَنَحْوَهَا من الْبَوَاطِنِ فَيَدْخُلَ فيها أَرْشُ الْمُوضِحَةِ كَالْعَقْلِ وَأَمَّا الْبَصَرُ فَظَاهِرٌ فَلَا يَدْخُلُ فيه الْمُوضِحَةُ كَالْيَدِ وَالرِّجْلِ
وَهَذَا الْفَرْقُ يَبْطُلُ بِالشَّعْرِ لِأَنَّهُ ظَاهِرٌ وَيَدْخُلُ أَرْشُ الْمُوضِحَةِ فيه
لولأبي ( ( ( ولأبي ) ) ) حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى الْفَرْقُ بين الشَّعْرِ وَالْعَقْلِ وَبَيْنَ غَيْرِهِمَا وَوَجْهُهُ أَنَّ في الشَّعْرِ الْجِنَايَةَ حَلَّتْ في عُضْوٍ وَاحِدٍ بِفِعْلٍ وَاحِدٍ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ
وَأَمَّا اتِّحَادُ الْعُضْوِ فَلَا شَكَّ فيه لِأَنَّ كُلَّ ذلك حَصَلَ في الرَّأْسِ

وَأَمَّا الْعَقْلُ فَلِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منه إلَّا الشَّجَّةُ
وَأَمَّا اتِّحَادُ السَّبَبِ فَلِأَنَّ دِيَةَ الشَّعْرِ تَجِبُ بِفَوَاتِ الشَّعْرِ وَأَرْشُ الْمُوضِحَةُ يَجِبُ بِفَوَاتِ جُزْءٍ من الشَّعْرِ فَكَانَ سَبَبُ وُجُوبِهَا وَاحِدًا فَيَدْخُلُ الْجُزْءُ في الْكُلِّ كما إذَا قَطَعَ رَجُلٌ أُصْبُعَ رَجُلٍ فَشُلَّتْ الْيَدُ أن أَرْشَ الْأُصْبُعِ يَدْخُلُ في دِيَةِ الْيَدِ كَذَا هذا
وفي الْعَقْلِ الْوَاجِبِ دِيَةُ النَّفْسِ من حَيْثُ الْمَعْنَى لِأَنَّ جَمِيعَ مَنَافِعِ النَّفْسِ يَتَعَلَّقُ بِهِ فَكَانَ تَفْوِيتُهُ تَفْوِيتَ النَّفْسِ مَعْنًى فَكَانَ الْوَاجِبُ دِيَةَ النَّفْسِ فَيَدْخُلَ فيه أَرْشُ الْمُوضِحَةِ كما إذَا شَجَّ رَأْسَهُ مُوضِحَةً فَسَرَى إلَى النَّفْسِ فَمَاتَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا السَّمْعُ وَالْبَصَرُ وَالْكَلَامُ وَنَحْوُهَا فَقَدْ اخْتَلَفَ السَّبَبُ وَالْمَحَلُّ لِأَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ في كل وَاحِدٍ منها ( ( ( منهما ) ) ) تَفْوِيتُ الْمَنْفَعَةِ الْمَقْصُودَةِ منه فَاخْتَلَفَ الْمَحَلُّ وَالسَّبَبُ وَالْمَقْصُودُ فَامْتَنَعَ التَّدَاخُلَ وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قَضَى في شَجَّةٍ وَاحِدَةٍ بِأَرْبَعِ دِيَاتٍ فَإِنْ اخْتَلَفَا في ذَهَابِ الْبَصَرِ وَالسَّمْعِ وَالْكَلَامِ وَالشَّمِّ فَطَرِيقُ مَعْرِفَتِهَا اعْتِرَافُ الْجَانِي وَتَصْدِيقُ الْمَجْنِيِّ عليه أو نُكُولُهُ عن الْيَمِينِ وقد يُعْرَفُ الْبَصَرُ بِنَظَرِ الْأَطِبَّاءِ بِأَنْ يَنْظُرَ إلَيْهِ طَبِيبَانِ عَدْلَانِ لِأَنَّهُ ظَاهِرٌ تُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ
وقد قِيلَ يُمْتَحَنُ بِإِلْقَاءِ حَيَّةٍ بين يَدَيْهِ وفي السَّمْعِ يُسْتَغْفَلُ الْمُدَّعِي كما رُوِيَ عن إسْمَاعِيلَ بن حَمَّادِ بن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ أَنَّ رَجُلًا ضَرَبَ امْرَأَةً فَادَّعَتْ عِنْدَهُ ذَهَابَ سَمْعِهَا فَتَشَاغَلَ عنها بِالنَّظَرِ في الْقَضَاءِ ثُمَّ الْتَفَتَ إلَيْهَا وقال يا هذه غَطِّي عَوْرَتَكِ فَجَمَعَتْ ذَيْلَهَا فَعَلِمَ أنها كَاذِبَةٌ في دَعْوَاهَا وفي الْكَلَامِ يُسْتَغْفَلُ أَيْضًا وفي الشَّمِّ يُخْتَبَرُ بِالرَّوَائِحِ الْكَرِيهَةِ وَسَوَاءٌ ذَهَبَ جَمِيعُ هذه الْأَشْيَاءِ بِالشَّجَّةِ أو ذَهَبَ بَعْضُهَا دُونَ الْبَعْضِ الِاجْتِمَاعُ وَالِافْتِرَاقُ في هذا سَوَاءٌ لِأَنَّ التَّدَاخُلَ فِيمَا يَجْرِي فيه التَّدَاخُلُ ليس لِلْكَثْرَةِ بَلْ لِمَا ذَكَرْنَا من الْمَعْنَى وَأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بين الِاجْتِمَاعِ وَالِافْتِرَاقِ وَلَا تَدْخُلُ دِيَاتُ هذه الْأَشْيَاءِ بَعْضُهَا في بَعْضٍ إلَّا عِنْدَ السِّرَايَةِ أنه يَسْقُطُ ذلك كُلُّهُ وَعَلَيْهِ دِيَةُ النَّفْسِ لَا غَيْرُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من هذه الْأَشْيَاءِ من السَّمْعِ وَالْبَصَرِ وَالْكَلَامِ وَنَحْوِهَا أَصْلٌ بِنَفْسِهِ لِاخْتِصَاصِهِ بِمَحَلٍّ مَخْصُوصٍ وَمَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ فَلَا يُجْعَلُ تَبَعًا لِصَاحِبِهِ في الْأَرْشِ وَإِنَّمَا دَخَلَتْ أُرُوشُهَا في دِيَةِ النَّفْسِ عِنْدَ السِّرَايَةِ لِأَنَّ الْأَعْضَاءَ كُلَّهَا تَابِعَةٌ لِلنَّفْسِ فَتَدْخُلُ أُرُوشُهَا في دِيَةِ النَّفْسِ ثُمَّ إنْ كان الْأَوَّلُ خَطَأً تَتَحَمَّلُ الْعَاقِلَةُ وَإِنْ كان عَمْدًا فَدِيَةُ النَّفْسِ في مَالِهِ وَكُلُّ ذلك في ثَلَاثِ سِنِينَ وَسَوَاءٌ كانت الشَّجَّةُ مُوضِحَةً أو هَاشِمَةً أو مُنَقِّلَةً أو آمَّةً فَالشِّجَاجُ كُلُّهَا في التَّدَاخُلِ سَوَاءٌ لِأَنَّ الْمَعْنَى لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ وَسَوَاءٌ قَلَّتْ الشِّجَاجُ أو كَثُرَتْ بَعْدَ أَنْ لَا يُجَاوِزَ أَرْشُهَا الدِّيَةَ حتى لو كانت آمَّتَيْنِ أو ثَلَاثَ أَوَامَّ وَذَهَبَ منها الشَّعْرُ أو الْعَقْلُ يَدْخُلُ أَرْشُهَا في الشَّعْرِ وَالْعَقْلِ وَإِنْ كانت أَرْبَعَ أَوَامَّ

---



---

يَدْخُلُ قَدْرُ الدِّيَةِ لَا غَيْرُ وَيَجِبُ فيها دِيَةٌ وَثُلُثُ دِيَةٍ لِأَنَّ الْكَثِيرَ لَا يَتْبَعُ الْقَلِيلَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ
وَعَلَى قَوْلِ زُفَرَ رحمة اللَّهُ عليه دِيَتَانِ وَثُلُثُ دِيَةٍ لِأَنَّهُ لَا يَرَى التَّدَاخُلَ في

الشِّجَاجِ أَصْلًا وَرَأْسًا
وَلَوْ سَقَطَ بِالْمُوضِحَةِ بَعْضُ شَعْرِ رَأْسِهِ يُنْظَرُ إلَى أَرْشِ الْمُوضِحَةِ وَإِلَى حُكُومَةِ الْعَدْلِ في الشَّعْرِ فَإِنْ كَانَا سَوَاءً لَا يَجِبُ إلَّا أَرْشُ الْمُوضِحَةِ وَإِنْ كان أَحَدُهُمَا أَكْثَرَ يَدْخُلُ الْأَقَلُّ في الْأَكْثَرِ أَيُّهُمَا كان لِأَنَّهُمَا يَجِبَانِ لِمَعْنًى وَاحِدٍ فَيَتَدَاخَلُ الْجُزْءُ في الْجُمْلَةِ
وَلَوْ كانت الشَّجَّةُ في حَاجِبِهِ فَسَقَطَ ولم يَنْبُتْ يَدْخُلُ أَرْشُ الْمُوضِحَةِ في أَرْشِ الْحَاجِبِ وهو نِصْفُ الدِّيَةِ كما يَدْخُلُ في أَرْشِ الشَّعْرِ لِمَا قُلْنَا وَهَذِهِ الْمَسَائِلُ من الشِّجَاجِ الْخَطَأِ
فَأَمَّا إذَا كانت الشَّجَّةُ عَمْدًا فَذَهَبَ منها الْعَقْلُ أو الشَّعْرُ أو السَّمْعُ أو غَيْرُهُ فَفِيهِ خِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ
وَاَللَّهُ تعالى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَمِمَّا يُلْحَقُ بِمَسَائِلِ التَّدَاخُلِ ما إذَا قُطِعَتْ الْيَدُ وَفِيهَا أُصْبُعٌ وَاحِدَةٌ أو أُصْبُعَانِ أو ثَلَاثٌ أو أَكْثَرُ من ذلك أو أَقَلُّ
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّهُ إذَا قُطِعَ الْكَفُّ وَفِيهَا ثَلَاثُ أَصَابِعَ فَصَاعِدًا تَجِبُ دِيَةُ الْأَصَابِعِ وَلَا شَيْءَ في الْكَفِّ في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّ الْكَفَّ تَبَعٌ لِجَمِيعِ الْأَصَابِعِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ إذَا قُطِعَ الْكَفُّ يَجِبُ عليه أَرْشُ الْأَصَابِعِ لَا غَيْرُ وَلَا يَجِبُ لِأَجْلِ الْكَفِّ شَيْءٌ فإذا بَقِيَ أَكْثَرُ الْأَصَابِعِ فَلِلْأَكْثَرِ حُكْمُ الْكُلِّ وَإِنْ بَقِيَ من الْكَفِّ أَقَلُّ من ثَلَاثِ أَصَابِعَ يَجِبُ أَرْشُ ما بَقِيَ منها وَإِنْ كان مَفْصِلًا وَاحِدًا وَلَا يَجِبُ في الْكَفِّ شَيْءٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ
وَالْأَصْلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إذَا بَقِيَ من الْأَصَابِعِ شَيْءٌ له أَرْشٌ مَعْلُومٌ وَلَوْ مَفْصِلًا وَاحِدًا دخل أَرْشُ الْيَدِ فيه حتى لو لم يَكُنْ في الْكَفِّ إلَّا ثُلُثُ مَفْصِلٍ من أُصْبُعٍ فيها ثَلَاثُ مَفَاصِلَ فَقَطَعَ إنْسَانٌ الْكَفَّ فَعَلَيْهِ ثُلُثُ خُمُسِ دِيَةِ الْيَدِ
وَلَوْ كان فيها أصبع وَاحِدَةٌ فَعَلَيْهِ خُمُسَا دِيَةِ الْيَدِ وفي قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى في الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ عنهما يَدْخُلُ الْقَلِيلُ في الْكَثِيرِ أَيُّهُمَا كان فَيُنْظَرُ إلَى حُكُومَةِ الْكَفِّ وَإِلَى أَرْشِ ما بَقِيَ من الْأَصَابِعِ فَيَدْخُلُ أَقَلُّهُمَا في أَكْثَرِهِمَا أَيُّهُمَا كان لِأَنَّ الْقَلِيلَ يَتْبَعُ الْكَثِيرَ لَا عَكْسًا فَيَدْخُلُ الْقَلِيلُ في الْكَثِيرِ وَلَا يَدْخُلُ الْكَثِيرُ في الْقَلِيلِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ ما بَقِيَ من الْأَصَابِعِ أو من مَفَاصِلِهَا فَهُوَ أَصْلٌ لِأَنَّ له أَرْشًا مُقَدَّرًا وَالْكَفُّ ليس لها أَرْشٌ مُقَدَّرٌ وَهِيَ مُتَّصِلَةٌ بِالْأَصَابِعِ فَيَتْبَعُهَا في أَرْشِهَا كما يَتْبَعُ جَمِيعَ الْأَصَابِعِ أو أَكْثَرَهَا
وَنَظِيرُ هذا ما قالوا في الْقَسَامَةِ إنه ما بَقِيَ وَاحِدٌ من أَهْلِ الْمَحَلَّةِ فَالْقَسَامَةُ عليهم لَا على الْمُشْتَرِينَ
وَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ لِوَلَدِ فُلَانٍ أَنَّهُ ما بَقِيَ له وَلَدٌ من صُلْبِهِ وَإِنْ كان وَاحِدًا لَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْوَلَدِ في الْوَصِيَّةِ
وقال أبو يُوسُفَ إذَا قَطَعَ كَفًّا لَا أَصَابِعَ فيها فَعَلَيْهِ حُكُومَةٌ لَا يَبْلُغُ بها أَرْشَ أُصْبُعٍ لِأَنَّ الواحد ( ( ( الواحدة ) ) ) يَتْبَعُهَا ال كف في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالتَّبَعُ لَا يُسَاوِي الْمَتْبُوعَ في الْأَرْشِ
وَلَوْ قَطَعَ الْيَدَ مع الذِّرَاعِ من الْمَفْصِلِ خَطَأً فَفِي الْكَفِّ مع الْأَصَابِعِ الدِّيَةُ وفي الذِّرَاعِ حُكُومَةُ الْعَدْلِ في قَوْلِهِمَا
وقال أبو يُوسُفَ تَجِبُ دِيَةُ الْيَدِ وَالذِّرَاعُ تَبَعٌ
وهو قَوْلُ ابْنِ أبي لَيْلَى رَحِمَهُ اللَّهُ
وَاحْتَجَّا بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وفي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ وفي إحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ وَالْيَدُ عِبَارَةٌ عن الْعُضْوِ الْمَخْصُوصِ من رؤوس الْأَصَابِعِ إلَى الْمَنْكِبِ

وَلِأَنَّ ما ليس له أَرْشٌ مُقَدَّرٌ إذَا اتَّصَلَ بها ( ( ( بما ) ) ) له أَرْشٌ مُقَدَّرٌ يَتْبَعُهُ في الْأَرْشِ كَالْكَفِّ مع الْأَصَابِعِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الدِّيَةَ إنَّمَا تَجِبُ في الْأَصَابِعِ وَالْكَفُّ تَابِعَةٌ لِلْأَصَابِعِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ إذَا أَفْرَدَ الْأَصَابِعَ بِالْقَطْعِ يَجِبُ نِصْفُ الدِّيَةِ وَلَوْ قَطَعَهَا مع الْكَفِّ لَا يَجِبُ إلَّا نِصْفُ الدِّيَةِ أَيْضًا فَلَوْ جَعَلَ الذِّرَاعَ تَبَعًا لَكَانَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يُجْعَلَ تَبَعًا لِلْأَصَابِعِ وَإِمَّا أَنْ يُجْعَلَ تَبَعًا لِلْكَفِّ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ بَيْنَهُمَا عُضْوٌ فَاصِلٌ وهو الْكَفُّ فَلَا يَكُونُ تَبَعًا لها وَلَا وَجْهَ لِلثَّانِي لِأَنَّ الْكَفَّ تَابِعَةٌ في نَفْسِهَا فَلَا تَسْتَتْبِعُ غَيْرَهَا
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا قَطَعَ الْيَدَ من الْمَنْكِبِ وَالرِّجْلَ من الْوَرِكِ أو قَطَعَ الْيَدَ من الْعَضُدِ وَالرِّجْلَ من الْفَخِذِ وَالْأَصْلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عَلَيْهِمَا الرَّحْمَةُ أَنَّ أَصَابِعَ الْيَدِ لَا يَتْبَعُهَا إلَّا الْكَفَّ فَلَا يَدْخُلُ في أَرْشِهَا غير أَرْشِ الْكَفِّ
وَكَذَلِكَ أَصَابِعُ الرِّجْلِ لَا يَتْبَعُهَا غَيْرُ الْقَدَمِ فَلَا يَدْخُلُ في أَرْشِهَا غَيْرُ أَرْشِ الْقَدَمِ وَالْأَصْلُ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَابْنِ أبي لَيْلَى أَنَّ ما فَوْقَ الْكَفِّ من الْيَدِ تَبَعٌ وَكَذَا ما فَوْقَ الْقَدَمِ من الرِّجْلِ تَبَعٌ فَيَدْخُلَ أَرْشُ التَّبَعِ في الْمَتْبُوعِ كما يَدْخُلُ أَرْشُ الْكَفِّ في الْأَصَابِعِ
وَأَمَّا الْجِرَاحُ فَفِي الْجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ لِمَا رُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ

---

*(7/318)*

---

وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال في الْجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ فَإِنْ نَفَذَتْ إلَى الْجَانِبِ الْآخَرِ فَهُمَا جَائِفَتَانِ وَفِيهِمَا ثُلُثَا الدِّيَةِ
وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا أبي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ أَنَّهُ حَكَمَ في جَائِفَةٍ نَفَذَتْ إلَى الْجَانِبِ الْآخَرِ بِثُلُثَيْ الدِّيَةِ وكان ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ الْكِرَامِ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ خَالَفَهُ في ذلك أَحَدٌ منهم فَيَكُونُ إجْمَاعًا
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا رَمَى امْرَأَةً بِحَجَرٍ فَأَصَابَ فَرْجَهَا فَأَفْضَاهَا بِهِ بِأَنْ جَعَلَ مَوْضِعَ الْبَوْلِ وَالْغَائِطِ وَاحِدًا وَهِيَ تَسْتَمْسِكُ الْبَوْلَ أَنَّ عليه ثُلُثَ الدِّيَةِ لِأَنَّ هذا في مَعْنَى الْجَائِفَةِ
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ أَنَّ الْمُفْضَاةَ لَا يَخْلُو إمَّا إن كانت أَجْنَبِيَّةً وَإِمَّا إن كانت زَوْجَتَهُ وَالْإِفْضَاءُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ بِالْآلَةِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالْحَجَرِ أو بِالْخَشَبِ أو الْأُصْبُعِ وما يَجْرِي مَجْرَاهُ فَإِنْ كانت أَجْنَبِيَّةً وَالْإِفْضَاءُ بِالْآلَةِ فَإِنْ كانت مُطَاوِعَةً ولم يُوجَدْ دَعْوَى الشُّبْهَةِ لَا من الرَّجُلِ وَلَا من الْمَرْأَةِ فَعَلَيْهِمَا الْحَدُّ لِوُجُودِ الزِّنَا مِنْهُمَا وَلَا مَهْرَ على الرَّجُلِ لِأَنَّ الْعَقْرَ مع الْحَدِّ لَا يَجْتَمِعَانِ وَلَا أَرْشَ لها بِالْإِفْضَاءِ سَوَاءٌ كانت تَسْتَمْسِكُ الْبَوْلَ أو لَا تَسْتَمْسِكُ لِأَنَّ التَّلَفَ تَوَلَّدَ من فِعْلٍ مَأْذُونٍ فيه من قِبَلِهَا فَلَا يَجِبُ بِهِ الضَّمَانُ كما لو أَذِنَتْ بِقَطْعِ يَدِهَا فَقُطِعَتْ لَا ضَمَانَ على الْقَاطِعِ كَذَا هذا
وَإِنْ كان الرَّجُلُ يَدَّعِي الشُّبْهَةَ سَقَطَ عنه الْحَدُّ وَعَنْهَا أَيْضًا وَعَلَى الزَّوْجِ الْعَقْرُ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَخْلُو من إيجَابِ حَدٍّ أو غَرَامَةٍ وَلَا أَرْشَ لها بِالْإِفْضَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ كانت مُسْتَكْرَهَةً فَإِنْ لم يَدَّعِ الرَّجُلُ الشُّبْهَةَ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ لِوُجُودِ الزِّنَا منه وَلَا حَدَّ عليها لِعَدَمِ الزِّنَا منها وَلَا عَقْرَ على الرَّجُلِ لِوُجُوبِ الْحَدِّ عليه وَالْحَدُّ مع الْعَقْرِ لَا يَجْتَمِعَانِ وَعَلَى الرَّجُلِ الْأَرْشُ بِالْإِفْضَاءِ لِعَدَمِ الرِّضَا منها بِذَلِكَ ثُمَّ إنْ كانت تَسْتَمْسِكُ الْبَوْلَ فَفِيهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ لِأَنَّهُ جَائِفَةٌ وَإِنْ كانت لَا تَسْتَمْسِكُ الْبَوْلَ فَفِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ لِوُجُودِ إتْلَافِ الْعُضْوِ بِتَفْوِيتِ مَنْفَعَةِ الْحَبْسِ

وَإِنْ كان الرَّجُلُ يَدَّعِي الشُّبْهَةَ سَقَطَ الْحَدُّ عنه لِلشُّبْهَةِ وَعَنْهَا أَيْضًا لِوُجُودِ الْإِكْرَاهِ وَلَهَا الْأَرْشُ بِالْإِفْضَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا
ثُمَّ إنْ كانت تَسْتَمْسِكُ الْبَوْلَ فَلَهَا ثُلُثُ الدِّيَةِ لِأَنَّهَا جَائِفَةٌ وَكَمَالُ الْمَهْرِ وَإِنْ كانت لَا تَسْتَمْسِكُ فَلَهَا الدِّيَةُ وَلَا مَهْرَ لها في قَوْلِهِمَا
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ الْمَهْرُ وَالدِّيَةُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ الْمَهْرِ وَالدِّيَةِ مُخْتَلِفٌ لِأَنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ بِإِتْلَافِ الْمَنْفَعَةِ وَالدِّيَةَ تَجِبُ بِإِتْلَافِ الْعُضْوِ فَلَا يَدْخُلُ أَحَدُهُمَا في الْآخَرِ وَلِهَذَا لم يَدْخُلْ الْمَهْرُ في ثُلُثِ الدِّيَةِ فِيمَا إذَا كانت تَسْتَمْسِكُ الْبَوْلَ حتى وَجَبَ عليه كَمَالُ الْمَهْرِ مع ثُلُثِ الدِّيَةِ
كَذَا هذا
وَلَهُمَا أَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ مُتَّحِدٌ لِأَنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ بِإِتْلَافِ هذا الْعُضْوِ والمقر ( ( ( والعقر ) ) ) يَجِبُ بِإِتْلَافِ مَنَافِعِ الْبُضْعِ وَمَنَافِعُ الْبُضْعِ مُلْحَقَةٌ بِأَجْزَاءِ الْبُضْعِ فَكَانَ سَبَبُ وُجُوبِهِمَا وَاحِدًا فَكَانَ الْمَهْرُ عِوَضًا عن جُزْءٍ من الْبُضْعِ وَضَمَانُ الْجُزْءِ وَالْكُلِّ إذَا وُجِدَ السَّبَبُ وَاحِدٌ يَدْخُلُ ضَمَانُ الْجُزْءِ في ضَمَانِ الْكُلِّ كَالْأَبِ إذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةَ ابْنِهِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْعَقْرُ وَيَدْخُلُ في قِيمَةِ الْجَارِيَةِ لِمَا قُلْنَا
كَذَا هذا
وَأَمَّا وُجُوبُ كَمَالِ الْمَهْرِ مع ثُلُثِ الدِّيَةِ حَالَةَ الِاسْتِمْسَاكِ فَعَلَى رِوَايَةِ الْحَسَنِ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنهما لَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا بَلْ الْأَقَلُّ يَدْخُلُ في الْأَكْثَرِ كما يَدْخُلُ أَرْشُ الْمُوضِحَةِ في دِيَةِ الشَّعْرِ فَكَانَتْ الْمَسْأَلَةُ مَمْنُوعَةً
وَلَئِنْ سَلَّمْنَا على ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَلَا يَلْزَمُ لِأَنَّ الْمُنَافِيَ لِضَمَانِ الْجُزْءِ هو ضَمَانُ كل الْعَيْنِ وَثُلُثُ الدِّيَةِ ضَمَانُ الْجُزْءِ وَضَمَانُ الْجُزْءِ لَا يَمْنَعُ ضَمَانَ جُزْءٍ وَاحِدٍ هذا إذَا كان الْإِفْضَاءُ بِالْآلَةِ فَأَمَّا إذَا كان بِغَيْرِهَا من الْحَجَرِ وَنَحْوِهِ فَالْجَوَابُ في هذا الْفَصْلِ في جَمِيعِ وُجُوهِهِ كَالْجَوَابِ في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ في الْوِفَاقِ وَالْخِلَافِ وَالْجَمْعُ بين الضَّمَانَيْنِ وَعَدَمُ الْجَمْعِ إلَّا أَنَّ الْأَرْشَ في هذا الْفَصْلِ يَجِبُ في مَالِهِ وفي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ لِأَنَّ الْإِفْضَاءَ بِالْآلَةِ يَكُونُ في مَعْنَى الْخَطَأِ وَبِغَيْرِهَا يَكُونُ عَمْدًا
وقال بَعْضُ مَشَايِخِنَا لَا وَجْهَ لِإِيجَابِ الْمَهْرِ في هذا الْفَصْلِ لِأَنَّ وُجُوبَهُ مُتَعَلِّقٌ بِقَضَاءِ الشَّهْوَةِ ولم يُوجَدْ وقال بَعْضُهُمْ يَجِبُ وَيُلْحَقُ غَيْرُ الْآلَةِ بِالْآلَةِ تَعْظِيمًا لِأَمْرِ الإبضاع كما أُلْحِقَ الْإِيلَاجُ بِدُونِ الْإِنْزَالِ بِالْإِيلَاجِ مع الْإِنْزَالِ في وُجُوبِ الْحَدِّ وَغَيْرِهِ من الْأَحْكَامِ مع قِيَامِ شُبْهَةِ الْقُصُورِ في قَضَاءِ الشَّهْوَةِ تَفْخِيمًا لِشَأْنِ الْفُرُوجِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
هذا إذَا كانت الْمَرْأَةُ أَجْنَبِيَّةً فَأَمَّا إذَا كانت زَوْجَتَهُ فَأَفْضَاهَا فَلَا شَيْءَ عليه سَوَاءٌ كانت تَسْتَمْسِكُ الْبَوْلَ أو لَا تَسْتَمْسِكُ في قَوْلِهِمَا
وقال أبو يُوسُفَ إن كانت لَا تَسْتَمْسِكُ الْبَوْلَ فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ في مَالِهِ وَإِنْ كانت تَسْتَمْسِكُ فَعَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ في مَالِهِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ مَأْذُونٌ في الْوَطْءِ لَا في الْإِفْضَاءِ فَكَانَ مُتَعَدِّيًا في الْإِفْضَاءِ فَكَانَ مَضْمُونًا عليه
وَلَهُمَا أَنَّ الْوَطْءَ مَأْذُونٌ فيه شَرْعًا فَالْمُتَوَلِّدُ منه لَا يَكُونُ

---

مَضْمُونًا كَالْبَكَارَةِ
وَلَوْ وطىء زَوْجَتَهُ فَمَاتَتْ فَلَا شَيْءَ عليه في قَوْلِهِمَا
وقال أبو يُوسُفَ على عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ
وَجْهُ قَوْلِهِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في الْإِفْضَاءِ أَنَّهُ مَأْذُونٌ في الْوَطْءِ لَا في الْقَتْلِ وَهَذَا قَتْلٌ فَكَانَ مَضْمُونًا عليه إلَّا أَنَّ ضَمَانَ هذا على الْعَاقِلَةِ وَضَمَانَ الْإِفْضَاءِ في مَالِهِ لِأَنَّ الْإِفْضَاءَ لَا يَكُونُ إلَّا بِالْمُجَاوَزَةِ عن الْمُعْتَادِ فَكَانَ عَمْدًا فَكَانَ الْوَاجِبُ بِهِ في مَالِهِ
فَأَمَّا الْقَتْلُ فَغَيْرُ مَقْصُودٍ بهذا الْفِعْلِ في مَعْنَى الْخَطَأِ فتحمله ( ( ( فتتحمله ) ) ) الْعَاقِلَةُ
وَأَمَّا وَجْهُ قَوْلِهِمَا فَعَلَى نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في الْإِفْضَاءِ
وَلَوْ وَطِئَهَا فَكَسَرَ فَخِذَهَا ضَمِنَ في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّ الْكَسْرَ لَا يَتَوَلَّدُ من الْوَطْءِ الْمَأْذُونِ فيه بَلْ هو فِعْلٌ مُبْتَدَأٌ فَكَانَ فِعْلًا تعديا ( ( ( متعديا ) ) ) مَحْضًا فَكَانَ مَضْمُونًا عليه
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا سَائِرُ جِرَاحِ الْبَدَنِ إذَا بَرِئَتْ وَبَقِيَ لها أَثَرٌ فَفِيهَا حُكُومَةُ الْعَدْلِ وَإِنْ لم يَبْقَ لها أَثَرٌ فَلَا شَيْءَ فيها في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه على ما بَيَّنَّا في الشَّجَّةِ
وَإِنْ مَاتَ فَالْجِرَاحَةُ لَا تَخْلُو إمَّا إن كانت من وَاحِدٍ وَإِمَّا إن كانت من عَدَدٍ فَإِنْ كانت من وَاحِدٍ فَفِيهَا الْقِصَاصُ إنْ كانت عَمْدًا وَالدِّيَةُ إنْ كانت خَطَأً وَإِنْ كانت من عَدَدٍ فَالْجِرَاحَةُ الْمُجْتَمِعَةُ من أَعْدَادٍ إمَّا إن كانت كُلُّهَا مَضْمُونَةً وَإِمَّا إنْ كان بَعْضُهَا مَضْمُونًا وَالْبَعْضُ غير مَضْمُونٍ فَإِنْ كان الْكُلُّ مَضْمُونًا بِأَنْ جَرَحَهُ رَجُلٌ جِرَاحَةً وَجَرَحَهُ آخَرُ جِرَاحَةً أُخْرَى خَطَأً فَمَاتَ من ذلك كُلِّهِ كانت الدِّيَةُ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ وَسَوَاءٌ جَرَحَهُ أَحَدُهُمَا جِرَاحَةً وَاحِدَةً وَالْآخَرُ جَرَحَهُ جِرَاحَتَيْنِ أو أَكْثَرَ لَا يُنْظَرُ إلَى عَدَدِ الْجِرَاحَاتِ وَإِنَّمَا يُنْظَرُ إلَى الْجَارِحِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قد يَمُوتُ من جِرَاحَةٍ وَاحِدَةٍ وَيَسْلَمُ من عَشَرَةٍ وقد يَمُوتُ من عَشَرَةٍ وَيَسْلَمُ من وَاحِدَةٍ حتى لو جَرَحَهُ أَحَدُهُمَا جِرَاحَةً وَاحِدَةً وَالْآخَرُ عَشْرَ جِرَاحَاتٍ فَمَاتَ من ذلك كانت الدِّيَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِمَا قُلْنَا وَكَذَلِكَ إذَا جَرَحَهُ رَجُلٌ جِرَاحَةً وَاحِدَةً وَجَرَحَهُ آخَرُ جِرَاحَتَيْنِ وَآخَرُ ثَلَاثًا فَمَاتَ من ذلك كُلِّهِ كانت الدِّيَةُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا لِمَا قُلْنَا
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا جَرَحَهُ رَجُلٌ جِرَاحَةً وَاحِدَةً وَجَرَحَهُ آخَرُ عَشْرَ جِرَاحَاتٍ فَعَفَا الْمَجْرُوحُ لِلْجَارِحِ عن جِرَاحَةٍ وَاحِدَةٍ من الْعَشْرِ وما يَحْدُثُ منها ثُمَّ مَاتَ من ذلك أَنَّ على صَاحِبِ الْجِرَاحَةِ الْوَاحِدَةِ نِصْفَ الدِّيَةِ وَعَلَى صَاحِبِ الْعَشَرَةِ الرُّبُعَ وَيَسْقُطُ الرُّبُعُ لِأَنَّهُ لَمَّا سَقَطَ اعْتِبَارُ عَدَدِ الْجِرَاحَاتِ كانت الْجِرَاحَةُ الْوَاحِدَةُ كَالْعَشْرِ في الضَّمَانِ ثُمَّ لَمَّا عَفَا عن وَاحِدَةٍ من الْجِرَاحَاتِ الْعَشْرِ انْقَسَمَتْ الْعَشْرُ فَيَتَغَيَّرُ حُكْمُهَا فَصَارَ لِتِسْعَةٍ منها الرُّبْعُ وَلِلْوَاحِدَةِ الرُّبْعُ فَسَقَطَ بِالْعَفْوِ عن الْوَاحِدَةِ من الْعَشَرَةِ الرُّبُعُ وَبَقِيَ الرُّبُعُ تَبَعًا لِلتِّسْعَةِ
وَإِنْ كان الْبَعْضُ مَضْمُونًا وَالْبَعْضُ غير مَضْمُونٍ يَنْقَسِمُ الضَّمَانُ فَيَسْقُطُ بِقَدْرِ ما ليس بِمَضْمُونٍ وَيَبْقَى بِقَدْرِ الْمَضْمُونِ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا جَرَحَ رَجُلًا جِرَاحَةً وَجَرَحَهُ سَبُعٌ فَمَاتَ من ذلك أن على الرَّجُلِ نِصْفَ الدِّيَةِ وَنِصْفُهَا هَدَرٌ لِأَنَّهُ مَاتَ بِجِرَاحَتَيْنِ إحْدَاهُمَا مَضْمُونَةٌ وَالْأُخْرَى لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ فَانْقَسَمَ الضَّمَانُ فَسَقَطَ بِقَدْرِ غَيْرِ الْمَضْمُونِ وَبَقِيَ بِقَدْرِ الْمَضْمُونِ

وَكَذَلِكَ لو جَرَحَهُ الرَّجُلُ جِرَاحَتَيْنِ وَالسَّبُعُ جِرَاحَةً وَاحِدَةً أو جَرَحَهُ السَّبُعُ جِرَاحَتَيْنِ وَالرَّجُلُ جِرَاحَةً وَاحِدَةً فَمَاتَ من ذلك أَنَّهُ يَجِبُ على الرَّجُلِ نِصْفُ الدِّيَةِ وَيُهْدَرُ النِّصْفُ لِأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ لِكَثْرَةِ الْجِرَاحَةِ لِمَا بَيَّنَّا
وَكَذَلِكَ لو جَرَحَهُ رَجُلٌ جِرَاحَةً وَعَقَرَهُ سَبُعٌ وَنَهَشَتْهُ حَيَّةٌ وَخَرَجَ بِهِ خُرَّاجٌ وَأَصَابَهُ حَجَرٌ رَمَتْ بِهِ الرِّيحُ فَمَاتَ من ذلك فَعَلَى الرَّجُلِ نِصْفُ الدِّيَةِ وَيُهْدَرُ النِّصْفُ
وَالْأَصْلُ أَنَّهُ يَجْعَلُ الْجِرَاحَاتِ التي ليس لها حُكْمٌ يَلْزَمُ أَحَدًا كَجِرَاحَةٍ وَاحِدَةٍ وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ مَاتَ من جِرَاحَتَيْنِ إحْدَاهُمَا مَضْمُونَةٌ وَالْأُخْرَى غَيْرُ مَضْمُونَةٍ فَيَلْزَمُ الرَّجُلَ نِصْفُ الدِّيَةِ وَيَبْطُلُ نِصْفُهَا سَوَاءٌ كَثُرَ عَدَدُ الْهَدْرِ أو قَلَّ هو كَجِرَاحَةٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّ الْهَدْرَ له حُكْمٌ وَاحِدٌ فَصَارَ كَجِرَاحَاتِ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ أنها في الْحُكْمِ كَجِرَاحَةٍ وَاحِدَةٍ كَذَا هذا
وَكَذَلِكَ لو جَرَحَهُ رَجُلٌ جِرَاحَةً وَجَرَحَهُ آخَرُ جِرَاحَةً أُخْرَى ثُمَّ انْضَمَّ إلَى ذلك شَيْءٌ مِمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا حُكْمَ له يَلْزَمُ فَاعِلَهُ فإن على كل رَجُلٍ ثُلُثَ الدِّيَةِ وَيُهْدَرُ الثُّلُثُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْهَدْرَ من الْجِرَاحَاتِ وَإِنْ كَثُرَ فَهُوَ كَجِرَاحَةٍ وَاحِدَةٍ وَكُلُّ وَاحِدَةٍ من جِرَاحَتَيْ الرَّجُلَيْنِ مَضْمُونَةٌ فَقَدْ مَاتَ من ثَلَاثِ جِرَاحَاتِ جِرَاحَتَانِ منها مَضْمُونَتَانِ وَجِرَاحَةٌ هَدَرٌ فَتُقَسَّمُ الدِّيَةُ أَثْلَاثًا فَيَسْقُطُ قَدْرُ ما ليس بِمَضْمُونٍ وهو الثُّلُثُ وَيَبْقَى قَدْرُ الْمَضْمُونِ وهو الثُّلُثَانِ فَإِنْ كان لِبَعْضِ الْجُنَاةِ جِنَايَاتٌ مُخْتَلِفَةُ الْأَحْكَامِ فإنه يُقَسَّمُ ما يَخُصُّهُ على جِنَايَاتِهِ بعدما قَسَّمَ عَدَدَ الْجِنَايَةِ على أَحْكَامِ الْجِنَايَاتِ وَذَلِكَ نَحْوُ رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ لِعِلَّةٍ بها

---

(7/320)

---

ثُمَّ إنَّ الْمَأْمُورَ جَرَحَ الْآمِرَ جِرَاحَةً أُخْرَى بِغَيْرِ أَمْرِهِ ثُمَّ جَرَحَهُ رَجُلَانِ آخَرَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جِرَاحَةً ثُمَّ عَقَرَهُ سَبُعٌ ثُمَّ نَهَشَتْهُ حَيَّةٌ وَخَرَجَ بِهِ خُرَّاجٌ فَمَاتَ من ذلك كُلِّهِ تُقَسَّمُ الدِّيَةُ أَرْبَاعًا لِأَنَّ الْمَوْتَ حَصَلَ من أَرْبَعِ جِنَايَاتٍ لِأَنَّ الْهَدَرَ من الْجِنَايَاتِ لها حُكْمُ جِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ وَجِرَاحَتَا الْمَأْمُورِ وَإِنْ اخْتَلَفَ حُكْمُهُمَا فَإِنَّهُمَا حصلتا ( ( ( حصلا ) ) ) من رَجُلٍ وَاحِدٍ فَلَا يَثْبُتُ لَهُمَا في حَقِّ شُرَكَائِهِ إلَّا حُكْمَ جِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ فَثَبَتَ أَنَّ الْمَوْتَ حَصَلَ من أَرْبَعِ جِنَايَاتٍ فَكَانَتْ قِسْمَةُ الدِّيَةِ أَرْبَاعًا
هُدِرَ الرُّبْعُ منها وَبَقِيَتْ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ تُقَسَّمُ علي الْجِنَايَاتِ الثَّلَاثَةِ فَيَكُونُ على كل وَاحِدٍ منهم الرُّبْعُ ثُمَّ ما أَصَابَ الْمَأْمُور بِالْقَطْعِ تُقَسَّمُ حِصَّتُهُ وَهِيَ الرُّبْعُ على جِرَاحَتَيْهِ فَإِحْدَاهُمَا مَضْمُونَةٌ وَهِيَ التي فَعَلَهَا بِغَيْرِ أَمْرِ الْمَجْرُوحِ وَالْأُخْرَى غَيْرُ مَضْمُونَةٍ وَهِيَ التي فَعَلَهَا بِأَمْرِهِ وَهِيَ الْقَطْعُ فَيَسْقُطُ بِقَدْرِ ما ليس بِمَضْمُونٍ وهو نِصْفُ الرُّبْعِ وهو الثُّمُنُ وَبَقِيَ قَدْرُ ما هو مَضْمُونٌ وهو نِصْفُ الرُّبْعِ الْآخَرِ وهو الثُّمُنُ الْآخَرُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا أَمَرَ عَشَرَةً أَنْ يَضْرِبُوا عَبْدَهُ أَمَرَ كُلَّ وَاحِدٍ منهم أَنْ يَضْرِبَهُ سَوْطًا فَضَرَبَهُ كُلُّ وَاحِدٍ منهم ما أَمَرَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ رَجُلٌ آخَرُ لم يَأْمُرْهُ سَوْطًا فَمَاتَ من ذلك كُلِّهِ فَعَلَى الذي لم يُؤْمَرْ أَرْشُ السَّوْطِ الذي ضَرَبَهُ من قِيمَتِهِ مَضْرُوبًا عَشَرَةَ أَسْوَاطٍ وَعَلَيْهِ أَيْضًا جُزْءٌ من أَحَدَ عَشَرَ جُزْءًا من قِيمَتِهِ مَضْرُوبًا أَحَدَ عَشَرَ سَوْطًا وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ

أَمَّا وُجُوبُ أَرْشِ السَّوْطِ الذي ضَرَبَهُ فَلِأَنَّهُ نَقَصَهُ بِالضَّرْبِ فَيَلْزَمُهُ ضَمَانُ النُّقْصَانِ
وَأَمَّا اعْتِبَارُ قِيمَةِ الْعَبْدِ مَضْرُوبًا عَشَرَةَ أَسْوَاطٍ فَلِأَنَّهُ ضَرَبَهُ بعد ما انْتُقِصَ من ضَرْبِ الْعَشَرَةِ وَذَلِكَ حَصَلَ من فِعْلِ غَيْرِهِ فَلَا يَكُونُ عليه وَإِنَّمَا عليه ضَمَانُ ما نَقَصَهُ سَوْطُهُ الْحَادِيَ عَشَرَ من قِيمَتِهِ لِذَلِكَ اُعْتُبِرَتْ قِيمَتُهُ وهو مَضْرُوبٌ عَشَرَةً فَيُقَوَّمُ وهو غَيْرُ مَضْرُوبٍ وَيُقَوَّمُ وهو مَضْرُوبٌ عَشَرَةَ أَسْوَاطٍ فَيَلْزَمُ الذي لم يُؤْمَرْ بِالضَّرْبِ ذلك الْقَدْرَ
وَأَمَّا وُجُوبُ جُزْءٍ من أَحَدَ عَشَرَ جُزْءًا من قِيمَتِهِ فَلِأَنَّهُ مَاتَ من أَحَدَ عَشَرَ سَوْطًا كُلُّ سَوْطٍ حَصَلَ مِمَّنْ يَتَعَلَّقُ بِفِعْلِهِ حُكْمٌ في الْجُمْلَةِ وهو الْآدَمِيُّ فَانْقَسَمَ الضَّمَانُ على عَدَدِهِمْ ثُمَّ ما أَصَابَ الْعَشَرَةَ سَقَطَ عَنْهُمْ لِحُصُولِهِ بِإِذْنِ الْمَالِكِ وما أَصَابَ الْحَادِيَ عَشَرَ ضَمِنَهُ الذي لم يُؤْمَرْ بِالضَّرْبِ لِأَنَّهُ ضَرَبَ بِغَيْرِ إذْنِ الْمَالِكِ
وَأَمَّا اعْتِبَارُ تَضْمِينِهِ مَضْرُوبًا بِأَحَدَ عَشَرَ سَوْطًا فَلِأَنَّ الْبَعْضَ الْحَاصِلَ بِضَرْبِ الْعَشَرَةِ حَصَلَ بِفِعْلِ غَيْرِهِ فَلَا يَكُونُ عليه ضَمَانُهُ
وَأَمَّا السَّوْطُ الْحَادِيَ عَشَرَ فَلِأَنَّهُ قد ضَمِنَ نُقْصَانَهُ مَرَّةً فَلَا يَضْمَنُهُ ثَانِيًا وَإِنَّمَا لم يَدْخُلْ نُقْصَانُ السَّوْطِ فِيمَا وَجَبَ عليه من الْقِيمَةِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَمَانُ الْجُزْءِ وَضَمَانُ الْجُزْءِ إذَا تَعَلَّقَ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ لَا يَدْخُلُ أَحَدُهُمَا في الْآخَرِ بِخِلَافِ ما إذَا ضَرَبَهُ وَاحِدٌ وَمَاتَ من ذلك أنه يَضْمَنُ الْقِيمَةَ دُونَ النُّقْصَانِ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ هُنَاكَ ضَمَانُ جُزْءٍ وَضَمَانُ كُلٍّ فَيَدْخُلُ ضَمَانُ الْجُزْءِ في ضَمَانِ الْكُلِّ لِاتِّحَادِ سَبَبِ الضَّمَانَيْنِ
هذا إذَا أَمَرَ الْمَوْلَى عَشَرَةً أَنْ يَضْرِبَهُ كُلُّ وَاحِدٍ منهم سَوْطًا فَإِنْ كان الْمَوْلَى هو الذي ضَرَبَهُ عَشَرَةَ أَسْوَاطٍ بيده ثُمَّ ضَرَبَهُ أَجْنَبِيٌّ سَوْطًا ثُمَّ مَاتَ من ذلك كُلِّهِ فَعَلَى الْأَجْنَبِيِّ ما نَقَصَهُ السَّوْطُ الْحَادِيَ عَشَرَ من قِيمَتِهِ مَضْرُوبًا بِعَشَرَةِ أَسْوَاطٍ وَعَلَيْهِ أَيْضًا نِصْفُ قِيمَتِهِ مَضْرُوبًا أَحَدَ عَشَرَ سَوْطًا
أَمَّا وُجُوبُ ضَمَانِ نُقْصَانِ السَّوْطِ وَاعْتِبَارُ قِيمَتِهِ مَضْرُوبًا بِعَشَرَةِ أَسْوَاطٍ فَلِمَا ذَكَرْنَا وَأَمَّا وُجُوبُ نِصْفِ قِيمَتِهِ فَلِأَنَّهُ مَاتَ من سَوْطَيْنِ في الْحَاصِلِ لِأَنَّ ضَرْبَ الْأَسْوَاطِ الْعَشَرَةِ من الْمَوْلَى بِمَنْزِلَةِ جِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ من رَجُلٍ وَاحِدٍ وَالْجِنَايَاتُ من وَاحِدٍ وَإِنْ كَثُرَتْ فَهِيَ في حُكْمِ جِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ فَصَارَ كَأَنَّهُ مَاتَ من سَوْطَيْنِ سَوْطِ الْمَوْلَى وَسَوْطِ الْأَجْنَبِيِّ وَسَوْطُ الْمَوْلَى ليس بِمَضْمُونٍ وَسَوْطُ الْأَجْنَبِيِّ مَضْمُونٌ فَسَقَطَ نِصْفُ الْقِيمَةِ وَثَبَتَ نِصْفُهَا
وَأَمَّا اعْتِبَارُ قِيمَتِهِ مَضْرُوبًا أَحَدَ عَشَرَ سَوْطًا وَعَدَمُ دُخُولِ ضَمَانِ النُّقْصَانِ في ضَمَانِ الْقِيمَةِ فَلِمَا ذَكَرْنَا في الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ
رَجُلٌ أَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يَجْرَحَهُ جِرَاحَةً وَاحِدَةً فَجَرَحَهُ عَشْرَ جِرَاحَاتٍ وَجَرَحَهُ آخَرُ جِرَاحَةً أُخْرَى وَاحِدَةً بِغَيْرِ أمره ( ( ( أمر ) ) ) ثُمَّ عَفَا الْمَجْرُوحُ لِصَاحِبِ الْعَشَرَةِ عن وَاحِدَةٍ من التِّسْعِ التي كانت بِغَيْرِ أَمْرِهِ ثُمَّ مَاتَ الْمَجْرُوحُ من ذلك كُلِّهِ فَعَلَى صَاحِبِ الْجِرَاحَةِ الْوَاحِدَةِ نِصْفُ الدِّيَةِ وَعَلَى صَاحِبِ الْعَشَرَةِ ثُمُنُ الدِّيَةِ لِأَنَّ نِصْفَ الدِّيَةِ علي صَاحِبِ الْجِرَاحَةِ الْوَاحِدَةِ وَالنِّصْفُ الْآخَرُ تَعَلَّقَ بِصَاحِبِ الْعَشَرَةِ وَاحِدَةٌ منها بِأَمْرِ الْمَجْرُوحِ فَصَارَ عليه الرُّبُعُ ثُمَّ انْقَسَمَ ذلك بِالْعَفْوِ فَسَقَطَ نِصْفُهُ وهو الثُّمُنُ وَبَقِيَ عليه الثُّمُنُ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
هذا إذَا كان الْمَجْنِيُّ عليه حُرًّا

---

ذَكَرًا فَأَمَّا إذَا كان أُنْثَى حُرَّةً فإنه يُعْتَبَرُ ما دُونَ النَّفْسِ منها بِدِيَتِهَا كَدِيَتِهَا قَلَّ أو كَثُرَ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وَعَامَّةِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال تُعَاقِلُ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ فِيمَا كان أَرْشُهُ نِصْفَ عُشْرِ الدِّيَةِ كَالسِّنِّ وَالْمُوضِحَةِ أَيْ ما كان أَرْشُهُ هذا الْقَدْرَ فَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ فيه سَوَاءٌ لَا فَضْلَ لِلرَّجُلِ على الْمَرْأَةِ
وَعَنْ سَعِيدِ بن الْمُسَيِّبِ أَنَّهُ قال تُعَاقِلُ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ إلَى ثُلُثِ دِيَتِهَا أَيْ أَرْشُ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ إلَى ثُلُثِ دِيَتِهَا سَوَاءٌ
وهو مَذْهَبُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ
وَيَرْوُونَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال تُعَاقِلُ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ إلَى ثُلُثِ دِيَتِهَا
وَهَذَا نَصٌّ لَا يَتَحَمَّلُ التَّأْوِيلَ
وَاحْتَجَّ ابن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه بِحَدِيثِ الْغُرَّةِ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى في الْجَنِينِ بِالْغُرَّةِ وَهِيَ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ ولم يَفْصِلْ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بين الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى فَيَدُلُّ على اسْتِوَاءِ أَرْشِ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى في هذا الْقَدْرِ وَلَنَا أَنَّهُ بنصف ( ( ( بنصف ) ) ) بَدَلِ النَّفْسِ بِالْإِجْمَاعِ وهو الدِّيَةُ فَكَذَا بَدَلُ ما دُونَ النَّفْسِ لِأَنَّ الْمُتَنَصِّفَ في الْحَالَيْنِ وَاحِدٌ وهو الْأُنُوثَةُ وَلِهَذَا يُتَنَصَّفُ ما زَادَ على الثُّلُثِ فَكَذَا الثُّلُثُ وما دُونَهُ وَلِأَنَّ الْقَوْلَ بِمَا قَالَهُ أَهْلُ الْمَدِينَةِ يُؤَدِّي إلَى الْقَوْلِ بِقِلَّةِ الْأَرْشِ عِنْدَ كَثْرَةِ الْجِنَايَةِ وَأَنَّهُ غَيْرُ مَعْقُولٍ
وَإِلَى هذا أَشَارَ رَبِيعَةُ بن عبد الرحمن الْمَعْرُوفُ بِرَبِيعَةِ الرَّأْيِ رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه روي أَنَّهُ سَأَلَ سَعِيدَ بن الْمُسَيِّبِ عن رَجُلٍ قَطَعَ أُصْبُعَ الْمَرْأَةِ فقال فيها عَشْرٌ من الْإِبِلِ قال فَإِنْ قَطَعَ ثَلَاثَةً قال فَفِيهَا ثَلَاثُونَ من الْإِبِلِ قال فَإِنْ قَطَعَ أَرْبَعَةً فقال عِشْرُونَ من الْإِبِلِ
فقال رَبِيعَةُ لَمَّا كَثُرَتْ جُرُوحُهَا وَعَظُمَتْ مُصِيبَتُهَا قَلَّ أَرْشُهَا فقال أَعِرَاقِيٌّ أنت قال لَا بَلْ جَاهِلٌ مُتَعَلِّمٌ أو عَالِمٌ مُتَبَيِّنٌ
فقال هَكَذَا السُّنَّةُ يا ابْنَ أَخِي وَعَنَى بِهِ سُنَّةَ زَيْدِ بن ثَابِتٍ رضي اللَّهُ عنه
أَشَارَ رَبِيعَةُ إلَى ما ذَكَرْنَا من الْمَعْنَى وَقَبْلَهُ سَعِيدٌ حَيْثُ لم يَعْتَرِضْ عليه وَأَحَالَ الْحُكْمَ إلَى السُّنَّةِ
وَبِهَذَا تَبَيَّنَ أَنَّ رِوَايَتَهُمْ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لم تَصِحَّ إذْ لو صَحَّتْ لَمَا اشْتَبَهَ الْحَدِيثُ على مِثْلِ سَعِيدٍ ولا حال الْحُكْمُ إلَى قَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا إلَى سُنَّةِ زَيْدٍ رضي الله عنه فَدَلَّ أَنَّ الرِّوَايَةَ لَا تَكَادُ تَثْبُتُ عنه عليه السلام
وَأَمَّا حَدِيثُ الْغُرَّةِ في الْجَنِينِ فَنَقُولُ بِمُوجَبِهِ أَنَّ الْحُكْمَ في أَرْشِ الْجَنِينِ لَا يَخْتَلِفُ بِالذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ وَإِنَّمَا الْكَلَامُ في أَرْشِ الْمَوْلُودِ وَالْحَدِيثُ سَاكِتٌ عن بَيَانِهِ
ثُمَّ نَقُولُ احْتُمِلَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لم يَفْصِلْ في الْجَنِينِ بين الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى لِأَنَّ الْحُكْمَ لَا يَخْتَلِفُ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ لم يَفْصِلْ لِتَعَذُّرِ الْفَضْلِ لِعَدَمِ اسْتِوَاءِ الْخِلْقَةِ فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ
هذا الذي ذَكَرْنَا إذَا كان الْجَانِي حُرًّا وَالْمَجْنِيُّ عليه حُرًّا
فَأَمَّا إذَا كان الْجَانِي حُرًّا وَالْمَجْنِيُّ عليه عَبْدًا فَالْأَصْلُ فيه عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه ما ذَكَرْنَا في الْفَصْلِ الْمُتَقَدِّمِ أَنَّ كُلَّ شَيْءٍ من الْحُرِّ فيه قَدْرٌ من الدِّيَةِ فَمِنْ الْعَبْدِ فيه ذلك الْقَدْرُ من قِيمَتِهِ سَوَاءٌ كان فِيمَا يُقْصَدُ بِهِ المنعفة ( ( ( المنفعة ) ) ) أو الْجَمَالُ وَالزِّينَةُ في رِوَايَةٍ عنه وفي رِوَايَةٍ فِيمَا يُقْصَدُ بِهِ الْجَمَالُ وَالزِّينَةُ يَجِبُ النُّقْصَانُ وَعِنْدَهُمَا في جَمِيعِ ذلك يَجِبُ النُّقْصَانُ فَيُقَوَّمُ الْعَبْدُ مَجْنِيًّا عليه وَيُقَوَّمُ غير مَجْنِيٍّ عليه فَيَغْرَمُ الْجَانِي فَضْلَ

ما بين الْقِيمَتَيْنِ وقد بَيَّنَّا وَجْهَ الرِّوَايَتَيْنِ عنه ووجهه ( ( ( ووجه ) ) ) قَوْلِهِمَا في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الْوُجُوبِ فَهُوَ أَنْ تَكُونَ الْجِنَايَةُ خَطَأً إذ كانت الْجِنَايَةُ فِيمَا في عمدة الْقِصَاصُ فَإِنْ كانت مِمَّا لَا قِصَاصَ في عمدة يَسْتَوِي فيه الْخَطَأُ وَالْعَمْدُ وقد مَرَّ بَيَانُ الْجِنَايَاتِ التي في عَمْدِهَا الْقِصَاصُ في عَمْدِهَا
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ الْجِنَايَةِ التي تَتَحَمَّلُهَا الْعَاقِلَةُ وَالَّتِي لَا تَتَحَمَّلُهَا فِيمَا دُونَ النَّفْسِ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ أَنَّهُ إذَا بَلَغَ أَرْشُ الْجِنَايَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ من الْأَحْرَارِ نِصْفَ عُشْرِ الدِّيَةِ فَصَاعِدًا وَذَلِكَ خَمْسُمِائَةٍ في الذُّكُورِ وَمِائَتَانِ وَخَمْسُونَ في الْإِنَاثِ تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ
وَاخْتُلِفَ فِيمَا دُونَ ذلك في الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ
قال أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمْ تَعَالَى يَكُونُ في مَالِ الْجَانِي وَلَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ
وقال الشَّافِعِيُّ رحمه ( ( ( رحمهم ) ) ) اللَّهُ تَعَالَى الْعَاقِلَةُ تَتَحَمَّلُ الْقَلِيلَ وَالْكَثِيرَ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ التَّحَمُّلَ من الْعَاقِلَةِ لِتَفْرِيطٍ منهم في الْحِفْظِ وَالنُّصْرَةِ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بين الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ
وَلَنَا أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى التَّحَمُّلَ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ حَصَلَتْ من غَيْرِهِمْ وَإِنَّمَا عَرَفْنَا ذلك بِقَضَاءِ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم بِأَرْشِ الْجَنِينِ على الْعَاقِلَةِ وهو الْغُرَّةُ وَهِيَ نِصْفُ عشرة ( ( ( عشر ) ) ) الدِّيَةِ فَبَقِيَ الْأَمْرُ فِيمَا دُونَ ذلك على أَصْلِ الْقِيَاسِ وَلِأَنَّ ما دُونَ ذلك ليس له أَرْشٌ مُقَدَّرٌ بِنَفْسِهِ فَأَشْبَهَ ضَمَانَ الْأَمْوَالِ فَلَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ كما لَا تَتَحَمَّلُ ضَمَانَ الْمَالِ وَلَا يَلْزَمُ على هذا أَرْشُ الْأَنْمُلَةِ فإن لها أَرْشًا

---



---

مُقَدَّرًا وهو ثُلُثُ دِيَةِ الأصبع فَيَنْبَغِي أَنْ تَتَحَمَّلَهُ الْعَاقِلَةُ لِأَنَّ الْأُنْمُلَةَ ليس لها أَرْشٌ مُقَدَّرٌ بِنَفْسِهَا بَلْ بالأصبع فكان ( ( ( فكانت ) ) ) جزأ مِمَّا له أَرْشٌ مُقَدَّرٌ وهو الأصبع فَلَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ ثُمَّ ما كان أَرْشُهُ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ إلَى ثُلُثِ الدِّيَةِ يُؤْخَذُ من الْعَاقِلَةِ في سَنَةٍ وَاحِدَةٍ اسْتِدْلَالًا بِكَمَالِ الدِّيَةِ فإن كُلَّ الدِّيَةِ تُؤْخَذُ من الْعَاقِلَةِ في ثَلَاثِ سِنِينَ لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ على ذلك فإن سَيِّدَنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه قَضَى بِالدِّيَةِ على الْعَاقِلَةِ في ثَلَاثِ سِنِينَ ولم يُنْكِرْ عليه أَحَدٌ من الصَّحَابَةِ فَيَكُونُ إجْمَاعًا فكل ما كان من الْأَرْشِ قَدْرُ ثُلُثِ الدِّيَةِ يُؤْخَذُ في سَنَةٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّ في الدِّيَةِ الْكَامِلَةِ هَكَذَا فإذا ازْدَادَ الْأَرْشُ على ثُلُثِ الدِّيَةِ فَقَدْرُ الثُّلُثِ يُؤْخَذُ في سَنَةٍ وَالزِّيَادَةُ في سَنَةٍ أُخْرَى لِأَنَّ الزِّيَادَةَ على الثُّلُثِ في كل الدِّيَةِ تُؤْخَذُ في السَّنَةِ الثَّانِيَةِ فَكَذَلِكَ إذَا انْفَرَدَتْ فَإِنْ زَادَ على الثُّلُثَيْنِ فَالثُّلُثَانِ في سَنَتَيْنِ وما زَادَ على ذلك في السَّنَةِ قِيَاسًا على كل الدِّيَةِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا ما دُونَ النَّفْسِ من الْعَبِيدِ فَلَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ ما دُونَ النَّفْسِ من الْعَبِيدِ له حُكْمُ الْأَمْوَالِ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ فيه الْقِصَاصُ وَضَمَانُ الْمَالِ لَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَجِبُ فيه أَرْشٌ غَيْرُ مُقَدَّرٍ وهو الْمُسَمَّى بِالْحُكُومَةِ فَالْكَلَامُ

فيه في مَوَاضِعَ في بَيَانِ الْجِنَايَاتِ التي تَجِبُ فيها الْحُكُومَةُ وفي تَفْسِيرِ الْحُكُومَةِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْأَصْلُ فيه أَنَّ ما لَا قِصَاصَ فيه من الْجِنَايَاتِ على ما دُونَ النَّفْسِ وَلَيْسَ له أَرْشٌ مُقَدَّرٌ فَفِيهِ الْحُكُومَةُ لِأَنَّ الْأَصْلَ في الْجِنَايَةِ الْوَارِدَةِ على مَحَلٍّ مَعْصُومٍ اعْتِبَارُهَا بِإِيجَابِ الْجَابِرِ أو الزَّاجِرِ ما أَمْكَنَ
إذَا عُرِفَ هذا فَنَقُولُ في كَسْرِ الْعِظَامِ كُلِّهَا حُكُومَةُ عَدْلٍ إلَّا السِّنَّ خَاصَّةً لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ بِصِفَةِ الْمُمَاثَلَةِ فِيمَا سِوَى السِّنِّ مُتَعَذِّرٌ ولم يَرِدْ الشَّرْعُ فيه بِأَرْشٍ مُقَدَّرٍ فَتَجِبُ الْحُكُومَةُ وَأَمْكَنَ اسْتِيفَاءُ الْمِثْلِ في السِّنِّ وَالشَّرْعُ وَرَدَ فيها بِأَرْشٍ مُقَدَّرٍ أَيْضًا فلم تَجِبْ فيها الْحُكُومَةُ
وفي لِسَانِ الْأَخْرَسِ وَالْعَيْنِ الْقَائِمَةِ الذَّاهِبِ نُورُهَا وَالسِّنِّ السَّوْدَاءِ الْقَائِمَةِ وَالْيَدِ الشَّلَّاءِ وَالرِّجْلِ الشَّلَّاءِ وَذَكَرِ الْخَصِيِّ وَالْعِنِّينِ حُكُومَةُ عَدْلٍ لِأَنَّهُ لَا قِصَاصَ في هذه الْأَشْيَاءِ وَلَيْسَ فيها أَرْشٌ مُقَدَّرٌ أَيْضًا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هَهُنَا الْمَنْفَعَةُ وَلَا مَنْفَعَةَ فيها وَلَا زِينَةَ أَيْضًا لِأَنَّ الْعَيْنَ الْقَائِمَةَ الذَّاهِبَ نُورُهَا لَا جَمَالَ فيها عِنْدَ من يَعْرِفُهَا على أَنَّ الْمَقْصُودَ من هذه الْأَشْيَاءِ الْمَنْفَعَةُ وَمَعْنَى الزِّينَةِ فيها تَابِعٌ فَلَا يَتَقَدَّرُ الْأَرْشُ لِأَجْلِهِ وفي الأصبع وَالسِّنِّ الزَّائِدَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ لِأَنَّهُ لَا قِصَاصَ فيها وَلَيْسَ لها أَرْشٌ مُقَدَّرٌ أَيْضًا لِانْعِدَامِ الْمَنْفَعَةِ وَالزِّينَةِ لَكِنَّهَا جُزْءٌ من النَّفْسِ وَأَجْزَاءُ النَّفْسِ مَضْمُونَةٌ مع عَدَمِ الْمَنْفَعَةِ وَالزِّينَةِ لِمَا ذَكَرْنَا
وَأَمَّا الصَّغِيرُ الذي لم يَمْشِ ولم يَقْعُدْ وَرِجْلُهُ وَلِسَانُهُ وَأُذُنَهُ وَأَنْفُهُ وَعَيْنُهُ وَذَكَرُهُ فَفِي أَنْفِهِ وَأُذُنِهِ كَمَالُ الدِّيَةِ وَكَذَلِكَ في يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ إذَا كان يُحَرِّكُهُمَا وَكَذَا في ذَكَرِهِ إذَا كان يَتَحَرَّكُ وفي لِسَانِهِ حُكُومَةُ الْعَدْلِ لَا الدِّيَةُ وَإِنْ اسْتَهَلَّ ما لم يَتَكَلَّمْ لِأَنَّ الِاسْتِهْلَالَ صِيَاحٌ
وَأَمَّا الْعَيْنَانِ فَإِنْ كان يُسْتَدَلُّ بِشَيْءٍ على بَصَرِهِمَا فَفِيهِمَا مِثْلُ عَيْنِ الْكَبِيرِ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ
أَمَّا الْأَنْفُ وَالْأُذُنُ فَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُمَا الْجَمَالُ لَا الْمَنْفَعَةُ وَذَلِكَ يُوجَدُ في الصَّغِيرِ بِكَمَالِهِ كما يُوجَدُ الْكَبِيرِ
وَأَمَّا الْأَعْضَاءُ التي يُقْصَدُ بها الْمَنْفَعَةُ فَلَا يَجِبُ فيها أَرْشٌ كَامِلٌ حتى يُعْلَمَ صِحَّتُهَا بِمَا ذَكَرْنَا فإذا عُلِمَ ذلك فَقَدْ وُجِدَ تَفْوِيتُ مَنْفَعَةِ الْجِنْسِ في كل وَاحِدٍ من ذلك فَيَجِبُ فيه أَرْشٌ كَامِلٌ فإذا لم يُعْلَمْ يَقَعُ الشَّكُّ في وُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِ كَمَالِ الْأَرْشِ فَلَا يَجِبُ بِالشَّكِّ وَلَا يُقَالُ إنَّ الْأَصْلَ هو الصِّحَّةُ وَالْآفَةُ عَارِضٌ فَكَانَتْ الصِّحَّةُ ثَابِتَةً ظَاهِرًا لِأَنَّا لَا نُسَلِّمُ هذا الْأَصْلَ في الصَّغِيرِ بَلْ الْأَصْلُ فيه عَدَمُ الصِّحَّةِ وَالسَّلَامَةِ لِأَنَّهُ كان نُطْفَةً وَعَلَقَةً وَمُضْغَةً فما لم يُعْلَمْ صِحَّةُ الْعُضْوِ فَهُوَ على الْأَصْلِ على أَنَّ هذا الْأَصْلَ مُتَعَارِضٌ لِأَنَّ بَرَاءَةَ ذِمَّةِ الْجَانِي أَصْلٌ أَيْضًا فَتَعَارَضَ الْأَصْلَانِ فَسَقَطَ الِاحْتِجَاجُ بِالْأَصْلِ على الصِّحَّةِ على أَنَّ الصِّحَّةَ إنْ كانت ثَابِتَةً ظَاهِرًا بِحُكْمِ الْأَصْلِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ حُجَّةُ الدَّفْعِ لَا حُجَّةُ الِاسْتِحْقَاقِ كَحَيَاةِ الْمَفْقُودِ أنها تَصْلُحُ لنفع ( ( ( لدفع ) ) ) الْإِرْثِ لَا لِاسْتِحْقَاقِهِ
وفي الظُّفْرِ إذَا نَبَتَ لَا شَيْءَ فيه في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه لِأَنَّهُ عَادَتْ الْمَنْفَعَةُ وَالزِّينَةُ وَإِنْ مَاتَ فَفِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ لِأَنَّهُ لَا قِصَاصَ فيه وَلَا له أَرْشٌ مُقَدَّرٌ
وَكَذَا إذَا نَبَتَ على عَيْبٍ فَفِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ دُونَ ذلك لِأَنَّ النَّابِتَ عِوَضٌ عن الذَّاهِبِ فَكَأَنَّ الْأَوَّلَ قَائِمٌ وَدَخَلَهُ عَيْبٌ وَكَذَلِكَ قال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا نَبَتَ أسودان فيه حُكُومَةً لِمَا أَصَابَ من الْأَلَمِ بِالْجِرَاحَةِ الْأُولَى بِنَاءً على أَصْلِهِ أَنَّ الْأَلَمَ مَضْمُونٌ

وفي ثَدْيِ الرَّجُلِ حُكُومَةُ البدل ( ( ( العدل ) ) ) لِأَنَّهُ لَا قِصَاصَ فيه

---



---

وَلَا أَرْشَ مُقَدَّرٌ لِأَنَّهُ لَا مَنْفَعَةَ فيه وَلَا جَمَالَ فَتَجِبُ الْحُكُومَةُ فِيهِمَا وفي أَحَدِهِمَا نِصْفُ ذلك الْحُكْمِ وفي حَلَمَةِ ثَدْيَيْهِ حُكْمُ عَدْلٍ دُونَ ما في ثَدْيَيْهِ لِمَا قُلْنَا
وَثَدْيُ الْمَرْأَةِ تَبَعٌ لِلْحَلَمَةِ حتى لو قَطَعَ الْحَلَمَةَ ثُمَّ الثَّدْيَ فَإِنْ كان قبل البرىء ( ( ( البرء ) ) ) لَا يَجِبُ إلَّا نِصْفُ الدِّيَةِ وَإِنْ كان بَعْدَ البرىء ( ( ( البرء ) ) ) يَجِبُ نِصْفُ الدِّيَةِ في الْحَلَمَةِ وَالْحُكُومَةُ في الثَّدْيِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الثَّدْيِ الرَّضَاعُ وَذَلِكَ يَبْطُلُ بِقَطْعِ الْحَلَمَةِ
وَكَذَلِكَ الْأَنْفُ مع الْمَارِنِ حتى لو قَطَعَ الْمَارِنَ دُونَ الْأَنْفِ تَجِبُ الدِّيَةُ
وَلَوْ قَطَعَ مع الْمَارِنِ لَا تَجِبُ إلَّا دِيَةٌ وَاحِدَةٌ
وَلَوْ قَطَعَ الْمَارِنَ ثُمَّ الْأَنْفَ فَإِنْ كان قبل الْبُرْءِ تَجِبُ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ وَإِنْ كان بَعْدَ الْبُرْءِ فَفِي الْمَارِنِ الدِّيَةُ وفي الْأَنْفِ الْحُكُومَةُ
وَكَذَلِكَ الْجَفْنُ مع الْأَشْفَارِ حتى لو قَطَعَ الشَّفْرَ بِدُونِ الْجَفْنِ يَجِبُ الْأَرْشُ الْمُقَدَّرُ
وَلَوْ قَطَعَ الْجَفْنَ معه لَا يَجِبُ ذلك الْأَرْشُ كَالْكَفِّ مع الْأَصَابِعِ
وَلَوْ قَطَعَ الشَّفْرَ ثُمَّ الْجَفْنَ فَإِنْ كان قبل الْبُرْءِ فَكَذَلِكَ وَإِنْ كان بَعْدَ الْبُرْءِ يَجِبُ في الشَّفْرِ أَرْشُهُ وفي الْجَفْنِ الْحُكُومَةُ لِأَنَّهُ قَطَعَ الشَّفْرَ وهو كَامِلُ الْمَنْفَعَةِ وَقَطَعَ الْجَفْنَ وهو نَاقِصُ الْمَنْفَعَةِ فَلَا يَجِبُ إلَّا الْأَرْشُ النَّاقِصُ وهو الْحُكُومَةُ
وَلَوْ قَطَعَ أَنْفًا مَقْطُوعَ الْأَرْنَبَةِ فَفِيهِ حُكُومَةُ الْعَدْلِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من الْأَنْفِ الْجَمَالُ وقد نَقَصَ جَمَالُهُ بِقَطْعِ الْأَرْنَبَةِ فَيَنْتَقِصُ أَرْشُهُ
وَكَذَلِكَ إذَا قَطَعَ كَفًّا مَقْطُوعَةَ الْأَصَابِعِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من الْكَفِّ الْبَطْشُ وإنه لَا يَحْصُلُ بِدُونِ الْأَصَابِعِ وَكَذَلِكَ إذَا قَطَعَ ذَكَرًا مَقْطُوعَ الْحَشَفَةِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الذَّكَرِ تَزُولُ بِزَوَالِهَا فَلَا يُمْكِنُ إيجَابُ أَرْشٍ مُقَدَّرٍ وَلَا قِصَاصَ فيه فَتَجِبُ الْحُكُومَةُ
وَلَوْ قَطَعَ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ قَطَعَهُمَا مَعًا بِأَنْ قَطَعَهُمَا من جَانِبٍ عَرْضًا يَجِبُ دِيَتَانِ لِأَنَّهُ فَوَّتَ مَنْفَعَةَ الْجِمَاعِ بِقَطْعِ الذَّكَرِ وَمَنْفَعَةَ الْإِنْزَالِ بِقَطْعِ الْأُنْثَيَيْنِ فَقَدْ وُجِدَ تَفْوِيتُ مَنْفَعَةِ الْجِنْسِ في قَطْعِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَيَجِبُ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَةٌ كَامِلَةٌ
وَإِنْ قَطَعَ أحدهما ( ( ( إحداهما ) ) ) بَعْدَ الْآخَرِ بِأَنْ قَطَعَهُمَا طُولًا فَإِنْ قَطَعَ الذَّكَرَ أَوَّلًا تَجِبُ دِيَتَانِ أَيْضًا دِيَةٌ بِقَطْعِ الذَّكَرِ لِوُجُودِ تَفْوِيتِ مَنْفَعَةِ الْجِمَاعِ وَدِيَةٌ بِقَطْعِ الْأُنْثَيَيْنِ لِأَنَّ بِقَطْعِ الذَّكَرِ لَا تَنْقَطِعُ مَنْفَعَةُ الْأُنْثَيَيْنِ وهو الْإِنْزَالُ لِأَنَّ الْإِنْزَالَ يَتَحَقَّقُ مع عَدَمِ الذَّكَرِ
وَإِنْ بَدَأَ بِقَطْعِ الْأُنْثَيَيْنِ ثُمَّ الذَّكَرِ فَفِي الْأُنْثَيَيْنِ الدِّيَةُ وفي الذَّكَرِ حُكُومَةُ الْعَدْلِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْأُنْثَيَيْنِ كانت كَامِلَةً وَقْتَ قَطْعِهِمَا وَمَنْفَعَةُ الذَّكَرِ تَفُوتُ بِقَطْعِ الْأُنْثَيَيْنِ إذْ لَا يَتَحَقَّقُ الْإِنْزَالُ بَعْدَ قَطْعِ الْأُنْثَيَيْنِ فَنَقَصَ أَرْشُهُ وَلَوْ حَلَقَ رَأْسَ رَجُلٍ فَنَبَتَ أَبْيَضَ فَلَا شَيْءَ فيه في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه
وقال أبو يُوسُفَ فيه حُكُومَةُ عَدْلٍ وَإِنْ كان عَبْدًا فَفِيهِ ما نَقَصَ وَجْهُ قَوْلِهِ إن الْمَقْصُودَ من الشَّعْرِ الزِّينَةُ وَالزِّينَةُ مُعْتَبَرَةٌ في الْأَحْرَارِ وَلَا زِينَةَ في الشَّعْرِ الْأَبْيَضِ فَلَا يَقُومُ الثابت ( ( ( النابت ) ) ) مَقَامَ الْفَائِتِ

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الشَّيْبَ في الْأَحْرَارِ ليس بِعَيْبٍ بَلْ هو جَمَالٌ وَكَمَالٌ فَلَا يَجِبُ بِهِ أَرْشٌ بِخِلَافِ الْعَبِيدِ فإن الشَّيْبَ فِيهِمْ عَيْبٌ
أَلَا يَرَى أَنَّهُ يُنْقِصُ الثَّمَنَ فَكَانَ مَضْمُونًا على الْجَانِي وَفِيمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ من الشِّجَاجِ حُكُومَةُ عَدْلٍ وَكَذَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ بن عبد الْعَزِيزِ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ قال ما دُونَ الْمُوضِحَةِ خُدُوشٌ فيها حُكْمُ عَدْلٍ
وَكَذَلِكَ رُوِيَ عن إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَلِأَنَّهُ لَا قِصَاصَ فيه وَالشَّرْعُ ما وَرَدَ فيه بِأَرْشٍ مُقَدَّرٍ فَتَجِبُ فيه الْحُكُومَةُ وَالْخِلَافُ الذي ذَكَرْنَا في الْمُتَلَاحِمَةِ بين أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَرْجِعُ إلَى الْمَعْنَى بَلْ إلَى الِاسْمِ لِأَنَّ أَبَا يُوسُفَ لَا يَمْنَعُ أَنْ تَكُونَ الشَّجَّةُ التي قبل الْبَاضِعَةِ أَقَلَّ منها أَرْشًا
وَكَذَلِكَ مُحَمَّدٌ لَا يَمْنَعُ أَنْ تَكُونَ أَرْشُ الشَّجَّةِ التي ذَهَبَتْ في اللَّحْمِ أَكْثَرَ مِمَّا ذَهَبَتْ الْبَاضِعَةُ زَائِدًا على أَرْشِ الْبَاضِعَةِ فَكَانَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَهُمَا في الْعِبَارَةِ وَفِيمَا سِوَى الْجَائِفَةِ من الْجِرَاحَاتِ التي في الْبَدَنِ إذَا اندمات ( ( ( اندملت ) ) ) ولم يَبْقَ لها أَثَرٌ لَا شَيْءَ فيها عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فيه أَرْشُ الْأَلَمِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ وقد مَرَّتْ الْمَسْأَلَةُ وَإِنْ بَقِيَ لها أَثَرٌ فَفِيهَا حُكُومَةُ عَدْلٍ وَكَذَا في شَعْرِ سَائِرِ الْبَدَنِ إذَا لم يَنْبُتْ حُكُومَةُ عَدْلٍ وَإِنْ نَبَتَ لَا شَيْءَ فيه
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا تَفْسِيرُ الْحُكُومَةِ فَإِنْ كان الْجَانِي وَالْمَجْنِيُّ عليه عَبْدًا يُقَوَّمُ الْعَبْدُ مَجْنِيًّا عليه وَغَيْرَ مَجْنِيٍّ عليه فَيَجِبُ نُقْصَانُ ما بين الْقِيمَتَيْنِ بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ كان الْجَانِي وَالْمَجْنِيُّ عليه حُرًّا فَقَدْ ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُقَوَّمُ الْمَجْنِيُّ عليه لو كان عَبْدًا وَلَا جِنَايَةَ بِهِ وَيُقَوَّمُ وَبِهِ الْجِنَايَةُ فَيُنْظَرُ كَمْ بين الْقِيمَتَيْنِ فَعَلَيْهِ الْقَدْرُ من الدِّيَةِ
وقال الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تُقَرَّبُ هذه الْجِنَايَةُ إلَى أَقْرَبِ الْجِنَايَاتِ التي لها أَرْشٌ مُقَدَّرٌ فَيَنْظُرُ ذَوَا عَدْلٍ من أَطِبَّاءِ الْجِرَاحَاتِ كَمْ مِقْدَارُ هذه هَهُنَا في قِلَّةِ الْجِرَاحَاتِ وَكَثْرَتِهَا بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ فَيَأْخُذُ الْقَاضِي بِقَوْلِهِمَا وَيَحْكُمُ من

---



---

الْأَرْشِ بِمِقْدَارِهِ من أَرْشِ الْجِرَاحَةِ الْمُقَدَّرَةِ
وَجْهُ ما ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْقِيمَةَ في الْعَبْدِ كَالدِّيَةِ في الْحُرِّ فَيُقَدَّرُ الْعَبْدُ حُرًّا فما أَوْجَبَ نَقْصًا في الْعَبْدِ يُعْتَبَرُ بِهِ الْحُرُّ وكان الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُنْكِرُ هذا الْقَوْلَ وَيَقُولُ هذا يُؤَدِّي إلَى أَمْرٍ فَظِيعٍ وهو أَنْ يَجِبَ في قَلِيلِ الشِّجَاجِ أَكْثَرَ مِمَّا يَجِبُ في كَثِيرِهَا لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ نُقْصَانُ شَجَّةِ السِّمْحَاقِ في الْعَبْدِ أَكْثَرَ من نِصْفِ عُشْرِ قِيمَتِهِ فَلَوْ أَوْجَبْنَا مِثْلَ ذلك من دِيَةِ الْحُرِّ لَأَوْجَبْنَا في السِّمْحَاقِ أَكْثَرَ مِمَّا يوجب ( ( ( يجب ) ) ) في الْمُوضِحَةِ وَهَذَا لَا يَصِحُّ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الْجِنَايَةُ على ما هو نَفْسٌ من وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ وهو الْجَنِينُ بِأَنْ ضُرِبَ على بَطْنِ حَامِلٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا فَيَتَعَلَّقُ بها أَحْكَامٌ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْجَنِينَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ حُرًّا بِأَنْ كانت أُمُّهُ حُرَّةً أو أَمَةً عَلِقَتْ من مَوْلَاهَا أو من مَغْرُورٍ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ رَقِيقًا وَلَا يَخْلُو إمَّا إن أَلْقَتْهُ مَيِّتًا وَإِمَّا إن أَلْقَتْهُ حَيًّا فَإِنْ

كان حُرًّا وَأَلْقَتْهُ مَيِّتًا فَفِيهِ الْغُرَّةُ وَالْكَلَامُ في الْغُرَّةِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ وُجُوبِهَا وفي تَفْسِيرِهَا وَتَقْدِيرِهَا وفي بَيَانِ من تَجِبُ عليه وفي بَيَانِ من تَجِبُ له
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْغُرَّةُ وَاجِبَةٌ اسْتِحْسَانًا
وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا شَيْءَ على الضَّارِبِ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ حَيًّا وَقْتَ الضَّرْبِ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لم يَكُنْ بِأَنْ لم تُخْلَقْ فيه الْحَيَاةُ بَعْدُ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِالشَّكِّ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ في جَنِينِ الْبَهِيمَةِ شَيْءٌ إلَّا نُقْصَانُ الْبَهِيمَةِ كَذَا هذا إلَّا أَنَّهُمْ تَرَكُوا الْقِيَاسَ بِالسُّنَّةِ وهو ما رُوِيَ عن مُغِيرَةَ بن شُعْبَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال كنت بين جَارِيَتَيْنِ فَضَرَبَتْ إحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِمِسْطَحٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا وَمَاتَتْ فَقَضَى رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم على عَاقِلَةِ الضَّارِبَةِ بِالدِّيَةِ وَبِغُرَّةِ الْجَنِينِ
وَرُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عُمَرَ رضي الله عنه اُخْتُصِمَ إلَيْهِ في إمْلَاصِ الْمَرْأَةِ الْجَنِينَ فقال سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه أَنْشُدُكُمْ اللَّهَ تَعَالَى هل سَمِعْتُمْ من رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم في ذلك شيئا فَقَامَ الْمُغِيرَةُ رضي اللَّهُ عنه فقال كنت بين جَارِيَتَيْنِ وَذَكَرَ الْخَبَرَ وقال فيه فَقَامَ عَمُّ الْجَنِينِ فقال إنَّهُ أَشْعَرَ وَقَامَ وَالِدُ الضَّارِبَةِ فقال كَيْفَ ندى من لَا صَاحَ وَلَا اسْتَهَلَّ وَلَا شَرِبَ وَلَا أَكَلَ وَدَمُ مِثْلِ ذلك بطل ( ( ( يطل ) ) ) فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَسَجْعٌ كَسَجْعِ الْكُهَّانِ وروى كَسَجْعِ الْأَعْرَابِ فيه غُرَّةٌ عَبْدٌ أو أَمَةٌ فقال سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه من شَهِدَ مَعَكَ بهذا فَقَامَ محمد بن سَلَمَةَ فَشَهِدَ فقال سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه كِدْنَا أَنْ نَقْضِيَ فيها بِرَأْيِنَا وَفِيهَا سُنَّةٌ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم
وَرَوَى هذه الْقِصَّةَ أَيْضًا حَمَلُ بن مَالِكِ بن النَّابِغَةِ وَلِأَنَّ الْجَنِينَ إنْ كان حَيًّا فَقَدْ فَوَّتَ الضَّارِبُ حَيَاتَهُ وَتَفْوِيتُ الْحَيَاةِ قَتْلٌ وَإِنْ لم يَكُنْ حَيًّا فَقَدْ مَنَعَ من حُدُوثِ الْحَيَاةِ فيه فَيَضْمَنُ كَالْمَغْرُورِ لَمَّا مَنَعَ من حُدُوثِ الرِّقِّ في الْوَلَدِ وَجَبَ الضَّمَانُ عليه وَسَوَاءٌ اسْتَبَانَ خَلْقُهُ أو بَعْضُ خَلْقِهِ لِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى بِالْغُرَّةِ ولم يَسْتَفْسِرْ فَدَلَّ أَنَّ الْحُكْمَ لَا يَخْتَلِفُ وَإِنْ لم يَسْتَبِنْ شَيْءٌ من خَلْقِهِ فَلَا شَيْءَ فيه لِأَنَّهُ ليس بِجَنِينٍ إنَّمَا هو مُضْغَةٌ وَسَوَاءٌ كان ذَكَرًا أو أُنْثَى لِمَا قُلْنَا وَلِأَنَّ عِنْدَ عَدَمِ اسْتِوَاءِ الْخِلْقَةِ يَتَعَذَّرُ الْفَصْلُ بين الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى فَسَقَطَ اعْتِبَارُ الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ فيه
وَأَمَّا تَفْسِيرُ الْغُرَّةِ فَالْغُرَّةُ في اللُّغَةِ عَبْدٌ أو أَمَةٌ
كَذَا قال أبو عُبَيْدٍ من أَهْلِ اللُّغَةِ
وَكَذَا فَسَّرَهَا رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم في الحديث الذي رَوَيْنَا فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فيه غُرَّةٌ عَبْدٌ أو أَمَةٌ فَسَّرَ الْغُرَّةَ بِالْعَبْدِ وَالْأَمَةِ
وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى في الْجَنِينِ بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أو أَمَةٍ أو خَمْسِمِائَةٍ
وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ خَرَجَتْ تَفْسِيرًا لِلرِّوَايَةِ الْأُولَى فَصَارَتْ الْغُرَّةُ في عُرْفِ الشَّرْعِ اسْمًا لِعَبْدٍ أو أَمَةٍ يَعْدِلُ خَمْسَمِائَةٍ أو بِخَمْسِمِائَةٍ وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ خَرَجَتْ تَفْسِيرًا لِلرِّوَايَةِ الْأُولَى
ثُمَّ تَقْدِيرُ الْغُرَّةِ بِالْخَمْسِمِائَةِ مَذْهَبُ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ مُقَدَّرَةٌ بِسِتِّمِائَةٍ
وَهَذَا فَرْعُ أَصْلِ ما ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ لِأَنَّهُمْ اتَّفَقُوا على أَنَّ الْوَاجِبَ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ لَكِنَّهُمْ اخْتَلَفُوا في الدِّيَةِ فَالدِّيَةُ من الدَّرَاهِمِ عِنْدَنَا مُقَدَّرَةٌ بِعَشَرَةِ آلَافٍ فَكَانَ نِصْفُ عُشْرِهَا خَمْسَمِائَةٍ
وَعِنْدَهُ مقدر ( ( ( مقدرة ) ) ) بِاثْنَيْ عَشَرَ أَلْفًا فَكَانَ نِصْفُ عُشْرِهَا سِتَّمِائَةٍ

ثُمَّ ابْتَدَأَ الدَّلِيلُ على صِحَّةِ مَذْهَبِنَا أَنَّ في بَعْضِ الرِّوَايَاتِ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى في الْجَنِينِ بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أو أَمَةٍ أو خَمْسِمِائَةٍ وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ
وَأَمَّا بَيَانُ من تَجِبُ عليه الْغُرَّةُ فَالْغُرَّةُ تَجِبُ على الْعَاقِلَةِ لِمَا رَوَيْنَا من الحديث أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى على عَاقِلَةِ الضَّارِبَةِ بِالدِّيَةِ وَبِغُرَّةِ الْجَنِينِ
وَرُوِيَ أَنَّ عَاقِلَةَ الضَّارِبَةِ قالوا أَنَدِي من لَا صَاحَ وَلَا اسْتَهَلَّ وَلَا شَرِبَ وَلَا أَكَلَ وَدَمُ مِثْلِ هذا بَطَلَ وَهَذَا يَدُلُّ على أَنَّ الْقَضَاءَ بِالدِّيَةِ كان عليهم

---

(7/325)

---

حَيْثُ أَضَافُوا الدِّيَةَ إلَى أَنْفُسِهِمْ على وَجْهِ الْإِنْكَارِ وَلِأَنَّهَا بَدَلُ نَفْسٍ فَكَانَتْ على الْعَاقِلَةِ كَالدِّيَةِ وَأَمَّا من تَجِبُ له فَهِيَ مِيرَاثٌ بين وَرَثَةِ الْجَنِينِ على فَرَائِضِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إنها لَا تُورَثُ وَهِيَ لوم ( ( ( للأم ) ) ) خَاصَّةً
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْجَنِينَ في حُكْمِ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ الْأُمِّ فَكَانَتْ الْجِنَايَةُ على الْأُمِّ فَكَانَ الْأَرْشُ لها كَسَائِرِ أَجْزَائِهَا
وَلَنَا أَنَّ الْغُرَّةَ بَدَلُ نَفْسِ الْجَنِينِ وَبَدَلُ النَّفْسِ يَكُونُ مِيرَاثًا كَالدِّيَةِ
وَالدَّلِيلُ على أنها بَدَلُ نَفْسِ الْجَنِينِ لَا بَدَلُ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ الْأُمِّ أَنَّ الْوَاجِبَ في جَنِينِ أُمِّ الْوَلَدِ ما هو الْوَاجِبُ في جَنِينِ الْحُرَّةِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّ جَنِينَ أُمِّ الْوَلَدِ جُزْءٌ وَلَوْ كان في حُكْمِ عُضْوٍ من أَعْضَاءِ الْأُمِّ لَكَانَ جزأ من الْأُمِّ حُرًّا وَبَقِيَّةُ أَجْزَائِهَا أَمَةً وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى بِدِيَةِ الْأُمِّ على الْعَاقِلَةِ وَبِغُرَّةِ الْجَنِينِ وَلَوْ كان في مَعْنَى أَجْزَاءِ الْأُمِّ لَمَا أَفْرَدَ الْجَنِينَ بِحُكْمٍ بَلْ دَخَلَتْ الْغُرَّةُ في دِيَةِ الْأُمِّ كما إذَا قُطِعَتْ يَدُ الْأُمِّ فَمَاتَتْ أَنَّهُ تَدْخُلُ دِيَةُ الْيَدِ في النَّفْسِ
وَكَذَا لَمَّا أَنْكَرَتْ عَاقِلَةُ الضَّارِبَةِ حَمْلَ الدِّيَةِ إيَّاهُمْ فقالت أَنَدِي من لَا صَاحَ وَلَا اسْتَهَلَّ وَلَا شَرِبَ وَلَا أَكَلَ وَمِثْلُ دَمِهِ بطل ( ( ( يطل ) ) ) لم يَقُلْ لهم النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إنِّي أَوْجَبْت ذلك بِجِنَايَةِ الضَّارِبَةِ على الْمَرْأَةِ لَا بِجِنَايَتِهَا على الْجَنِينِ
وَلَوْ كان وُجُوبُ الْأَرْشِ فيه لِكَوْنِهِ جُزْءًا من أَجْزَاءِ الْأُمِّ لَرُفِعَ إنْكَارُهُمْ بِمَا قُلْنَا فَدَلَّ أَنَّ الْغُرَّةَ وَجَبَتْ بِالْجِنَايَةِ على الْجَنِينِ لَا بِالْجِنَايَةِ على الْأُمِّ فَكَانَتْ مُعْتَبَرَةً بِنَفْسِهِ لَا بِالْأُمِّ وَلَا يَرِثُ الضَّارِبُ من الْغُرَّةِ شيئا لِأَنَّهُ قَاتِلٌ بِغَيْرِ حَقٍّ وَالْقَتْلُ بِغَيْرِ حَقٍّ من أَسْبَابِ حِرْمَانِ الْمِيرَاثِ وَلَا كَفَّارَةَ على الضَّارِبِ لِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَّا قَضَى بِالْغُرَّةِ على الضَّارِبَةِ لم يذكر الْكَفَّارَةَ مع أَنَّ الْحَالَ حَالُ الْحَاجَةِ إلَى الْبَيَانِ وَلَوْ كانت وَاجِبَةً لَبَيَّنَهَا وَلِأَنَّ وُجُوبَهَا مُتَعَلِّقٌ بِالْقَتْلِ وَأَوْصَافٍ أُخْرَى لم يُعْرَفْ وُجُودُهَا في الْجَنِينِ من الْإِيمَانِ وَالْكُفْرِ حَقِيقَةً أو حُكْمًا
قال اللَّهُ تَعَالَى { وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ } وقال تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَإِنْ كان من قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ } أَيْ كان الْمَقْتُولُ ولم يُعْرَفْ قَتْلُهُ لِأَنَّهُ لم تُعْرَفْ حَيَاتُهُ
وَكَذَا إيمَانُهُ وَكُفْرُهُ حَقِيقَةً وَحُكْمًا
أَمَّا الْحَقِيقَةُ فَلَا شَكَّ في انْتِفَائِهَا لِأَنَّ الْإِيمَانَ وَالْكُفْرَ لَا يَتَحَقَّقَانِ من الْجَنِينِ

وَكَذَلِكَ حُكْمًا لِأَنَّ ذلك بِوَاسِطَةِ الْحَيَاةِ ولم تُعْرَفْ حَيَاتُهُ وَلِأَنَّ الْكَفَّارَةَ من بَابِ الْمَقَادِيرِ وَالْمَقَادِيرُ لَا تُعْرَفُ بِالرَّأْيِ وَالِاجْتِهَادِ بَلْ بِالتَّوْقِيفِ وهو الْكِتَابُ الْعَزِيزُ وَالسَّنَةُ وَالْإِجْمَاعُ ولم يُوجَدْ في الْجَنِينِ الذي أَلقى مَيِّتًا شَيْءٌ من ذلك فَلَا تَجِبُ فيه الْكَفَّارَةُ وَلِأَنَّ وُجُوبَهَا مُتَعَلِّقٌ بِالنَّفْسِ الْمُطْلَقَةِ وَالْجَنِينُ نَفْسٌ من وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ فيه كَمَالُ الدِّيَةِ مع ما أَنَّ الضَّرْبَ لو وَقَعَ قَتْلُ نَفْسٍ لَكَانَ قَتْلًا تَسْبِيبًا لَا مُبَاشَرَةً وَالْقَتْلُ تَسْبِيبًا لَا يُوجِبُ الْكَفَّارَةَ كَحَفْرِ الْبِئْرِ وَنَحْوِ ذلك

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وقال ( ( ( قال ) ) ) وَلَا كَفَّارَة على الضَّارِبِ وَإِنْ سَقَطَ كَامِلَ الْخَلْقِ مَيِّتًا إلَّا أَنْ يَشَاءَ ذلك فَهُوَ أَفْضَلُ وَلَيْسَ ذلك عليه عِنْدَنَا وَاجِبٌ وَلْيَتَقَرَّبْ إلَى اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى بِمَا يَشَاءُ إنْ اسْتَطَاعَ وَيَسْتَغْفِرْ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى مِمَّا صَنَعَ وَهَذَا قَوْلُ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَوْلُنَا

كَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ مَحْظُورًا فَنُدِبَ إلَى أَنْ يَتَقَرَّبَ بِالْكَفَّارَةِ لِمَحْوِهِ

هذا إذَا أَلْقَتْهُ مَيِّتًا فَأَمَّا إذَا أَلْقَتْهُ حَيًّا فَمَاتَ فَفِيهِ الدِّيَةُ كَامِلَةً لَا يَرِثُ الضَّارِبُ منها شيئا وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ

أَمَّا حِرْمَانُ الْمِيرَاثِ فَلِمَا قُلْنَا وَأَمَّا وُجُوبُ الدِّيَةِ وَالْكَفَّارَةِ فَلِأَنَّهُ لَمَّا خَرَجَ حَيًّا فَمَاتَ عُلِمَ أَنَّهُ كان حَيًّا وَقْتَ الضَّرْبِ فَحَصَلَ الضَّرْبُ قُتِلَ النَّفْسُ وإنه في مَعْنَى الْخَطَأِ فَتَجِبُ فيه الدِّيَةُ وَالْكَفَّارَةُ

هذا إذَا أَلْقَتْ جَنِينًا وَاحِدًا فَأَمَّا إذَا أَلْقَتْ جَنِينَيْنِ فَإِنْ كَانَا مَيِّتَيْنِ فَفِي كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا غُرَّةٌ وَإِنْ كَانَا حَيَّيْنِ ثُمَّ مَاتَا فَفِي كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَةٌ لِوُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِ كل واحدة مِنْهُمَا وهو الْإِتْلَافُ إلَّا أَنَّهُ أَتْلَفَهُمَا بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ وَمَنْ أَتْلَفَ شَخْصَيْنِ بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ يَجِبُ عليه ضَمَانُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا كما لو أَفْرَدَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالضَّرْبِ كما في الْكَبِيرَيْنِ

فَإِنْ أَلْقَتْ أَحَدَهُمَا مَيِّتًا وَالْآخَرَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ في الْمَيِّتِ الْغُرَّةُ وفي الْحَيِّ الدِّيَةُ لِوُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِ الْغُرَّةِ في الْجَنِينِ الْمَيِّتِ وَالدِّيَةِ في الْجَنِينِ الْحَيِّ فَيَسْتَوِي فيه الْجَمْعُ في الْإِتْلَافِ وَالْإِفْرَادِ فيه فَإِنْ مَاتَتْ الْأُمُّ من الضَّرْبَةِ وَخَرَجَ الْجَنِينُ بَعْدَ ذلك حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ دِيَتَانِ دِيَةٌ في الْأُمِّ وَدِيَةٌ في الْجَنِينِ لِوُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِهِمَا وهو قَتْلُ شَخْصَيْنِ فَإِنْ خَرَجَ بَعْدَ مَوْتِهَا مَيِّتًا فَعَلَيْهِ دِيَةُ الْأُمِّ وَلَا شَيْءَ عليه في الْجَنِينِ

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجِبُ عليه في الْجَنِينِ الْغُرَّةُ

وَجْهُ قَوْلِهِ إنْ أَتْلَفَهُمَا جميعا فَيُؤَاخَذُ بِضَمَانِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا كما لو خَرَجَ الْجَنِينُ مَيِّتًا ثُمَّ مَاتَتْ الْأُمُّ

وَلَنَا أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى كَوْنُ الْجَنِينِ مَضْمُونًا أَصْلًا

---



---

لِمَا بَيَّنَّا من احْتِمَالِ عَدَمِ الْحَيَاةِ وَازْدَادَ هَهُنَا احْتِمَالٌ آخَرُ وهو أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ مَاتَ بِالضَّرْبِ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ مَاتَ بِمَوْتِ الْأُمِّ وَإِنَّمَا عَرَفْنَا الضَّمَانَ فيه بِالنَّصِّ وَالنَّصُّ وَرَدَ بِالضَّمَانِ في حَالٍ مَخْصُوصَةٍ وَهِيَ ما إذَا خَرَجَ مَيِّتًا قبل مَوْتِ الْأُمِّ فَسَقَطَ اعْتِبَارُ أَحَدِ الِاحْتِمَالَيْنِ فَيَتَعَيَّنُ الثَّانِي في نَفْيِ وُجُوبِ الضَّمَانِ في غَيْرِ هذه الْحَالَةِ

هذا إذَا كان الْجَنِينُ حُرًّا فَأَمَّا إذَا كان رَقِيقًا فَإِنْ خَرَجَ فَفِيهِ نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ إنْ كان ذَكَرًا وَعُشْرُ قِيمَتِهِ إنْ كان أُنْثَى
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّ في جَنِينِ الْأَمَةِ ما نَقَصَ الْأُمَّ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فيه عُشْرُ قِيمَةِ الْأُمِّ
أَمَّا الْكَلَامُ مع أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَبِنَاءً على أَصْلِ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ وهو أَنَّ ضَمَانَ الْجِنَايَةِ الْوَارِدَةِ على الْعَبْدِ ضَمَانُ النَّفْسِ أَمْ ضَمَانُ الْمَالِ فَعَلَى أَصْلِهِمَا ضَمَانُ النَّفْسِ حتى قَالَا إنه لَا تُزَادُ قِيمَتُهُ على دِيَةِ الْحُرِّ بَلْ تَنْقُصُ هَهُنَا

وَكَذَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ وَعَلَى أَصْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ضَمَانُهَا ضَمَانُ الْمَالِ حتى قال تَبْلُغُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً ما بَلَغَتْ وَلَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ فَصَارَ جَنِينُهَا كَجَنِينِ الْبَهِيمَةِ وَهُنَاكَ لَا يَجِبُ إلَّا نُقْصَانُ الْأُمِّ
كَذَا هَهُنَا
وَأَمَّا الْكَلَامُ مع الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَبِنَاءً على أَنَّ الْجَنِينَ مُعْتَبَرٌ بِنَفْسِهِ أَمْ بِأُمِّهِ وقد ذَكَرْنَا الدَّلَائِلَ على أَنَّهُ مُعْتَبَرٌ بِنَفْسِهِ لَا بِأُمِّهِ فِيمَا تَقَدَّمَ وَالدَّلِيلُ عليه أَيْضًا أَنَّ ضَمَانَ جَنِينِ الْحُرَّةِ مَوْرُوثٌ عنه على فَرَائِضِ اللَّهِ عز وجل
وَلَوْ كان مُعْتَبَرًا بِأُمِّهِ لَسَلِمَ لها كما يَسْلَمُ لها أَرْشُ عُضْوِهَا
وإذا ثَبَتَ أَنَّ الْجَنِينَ مُعْتَبَرٌ بِنَفْسِهِ وَأَنَّ الْوَاجِبَ فيه ضَمَانٌ فَهَذَا الِاعْتِبَارُ يُوجِبُ أَنْ يَكُونَ في جَنِينِ الْأَمَةِ إذَا كان رَقِيقًا نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ إنْ كان ذَكَرًا وَعُشْرُ قِيمَتِهِ إنْ كان أُنْثَى لِأَنَّ الْوَاجِبَ في الْجَنِينِ الْحُرِّ خَمْسُمِائَةٍ ذَكَرًا كان أو أُنْثَى وَهِيَ نِصْفُ عُشْرِ دِيَةِ الذَّكَرِ وَعُشْرُ دِيَةِ الْأُنْثَى وَالْقِيمَةُ في الرَّقِيقِ كَالدِّيَةِ في الْحُرِّ فَيَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ في الْجَنِينِ الرَّقِيقِ نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ إنْ كان ذَكَرًا اعْتِبَارًا بِالْحُرِّ وَعُشْرُ قِيمَتِهِ إنْ كان أُنْثَى اعْتِبَارًا بِالْحُرَّةِ وَإِنْ خَرَجَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ قِيمَتُهُ لِمَا قلنا ( ( ( ذكرنا ) ) ) في الْجَنِينِ الْحُرِّ
فَإِنْ أَلْقَتْ جَنِينَيْنِ مَيِّتَيْنِ أو جَنِينَيْنِ حَيَّيْنِ ثُمَّ مَاتَا فَفِي كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَالَةَ الِاجْتِمَاعِ ما فيه حالة ( ( ( حال ) ) ) الِانْفِرَادِ لِمَا ذَكَرْنَا في الْجَنِينِ الْحُرِّ فَإِنْ أَلْقَتْ أَحَدَهُمَا مَيِّتًا وَالْآخَرَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِي كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ما هو ضَمَانُهُ حَالَةَ الِانْفِرَادِ لِمَا مَرَّ فَإِنْ مَاتَتْ الْأُمُّ من الضَّرْبِ وَخَرَجَ الْجَنِينُ بَعْدَ ذلك حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ قِيمَةٌ في الْأُمِّ وَقِيمَةٌ في الْجَنِينِ
وَإِنْ خَرَجَ الْجَنِينُ مَيِّتًا بَعْدَ مَوْتِ الْأُمِّ فَعَلَيْهِ في الْأُمِّ الْقِيمَةُ وَلَا شَيْءَ عليه في الْجَنِينِ لِمَا ذَكَرْنَا
وَالْأَصْلُ أَنَّ في كل مَوْضِعٍ يَجِبُ في الْجَنِينِ الْحُرِّ الْغُرَّةُ فَفِي الرَّقِيقِ نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ إنْ كان ذَكَرًا وَعُشْرُ قِيمَتِهِ إنْ كان أُنْثَى وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَجِبُ في الْمَضْرُوبَةِ إذَا كانت حُرَّةً الدِّيَةُ فَفِي الْأَمَةِ الْقِيمَةُ وفي كل مَوْضِعٍ لَا يَجِبُ في الْجَنِينِ هُنَاكَ شَيْءٌ لَا يَجِبُ هُنَا شَيْءٌ أَيْضًا لِمَا ذَكَرْنَا في جَانِبِ الْحُرِّ من غَيْرِ تَفَاوُتٍ إلَّا أَنَّ الْوَاجِبَ في جَنِينِ الْأَمَةِ يَكُونُ في مَالِ الضَّارِبِ يُؤْخَذُ منه حَالًّا وَلَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ وَالْوَاجِبُ في جَنِينِ الْحُرَّةِ يَكُونُ على الْعَاقِلَةِ لِأَنَّ تَحَمُّلَ العاقلة ( ( ( العاقل ) ) ) ثَبَتَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ بِالنَّصِّ وَالنَّصُّ وَرَدَ بِالتَّحَمُّلِ في الْغُرَّةِ في جَنِينِ الْحُرَّةِ فَبَقِيَ الْحُكْمُ في جَنِينِ الْأَمَةِ على أَصْلِ الْقِيَاسِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ
كِتَابُ الْخُنْثَى الْكَلَامُ فيه يَقَعُ في مَوَاضِعَ في تَفْسِيرِ الْخُنْثَى وفي بَيَانِ ما يُعْرَفُ بِهِ أَنَّهُ ذَكَرٌ أو أُنْثَى وفي بَيَانِ حُكْمِ الْخُنْثَى الْمُشْكِلِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْخُنْثَى من له آلَةُ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالشَّخْصُ الْواحِدِ ( ( ( الواحد ) ) ) لَا يَكُونُ ذَكَرًا وَأُنْثَى حَقِيقَةً فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أُنْثَى
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُعْرَفُ بِهِ أَنَّهُ ذَكَرٌ أو أُنْثَى فَإِنَّمَا يُعْرَفُ ذلك بِالْعَلَامَةِ وَعَلَامَةُ

الذُّكُورَةِ بَعْدَ الْبُلُوغِ نَبَاتُ اللِّحْيَةِ وَإِمْكَانُ الْوُصُولِ إلَى النِّسَاءِ وَعَلَامَةُ الْأُنُوثَةِ في الْكِبَرِ نُهُودُ ثَدْيَيْنِ كَثَدْيَيْ الْمَرْأَةِ وَنُزُولُ اللَّبَنِ في ثَدْيَيْهِ وَالْحَيْضُ وَالْحَبَلُ وَإِمْكَانُ الْوُصُولِ إلَيهِ ( ( ( إليها ) ) ) من فَرْجِهَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِمَّا ذَكَرْنَا يَخْتَصُّ بِالذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ فَكَانَتْ عَلَامَةً صَالِحَةً لِلْفَصْلِ بين الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى
وَأَمَّا الْعَلَامَةُ في حَالَةِ الصِّغَرِ فَالْمَبَالُ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْخُنْثَى من حَيْثُ يَبُولُ فَإِنْ كان يَبُولُ من مَبَالِ الذُّكُورِ فَهُوَ ذَكَرٌ وَإِنْ كان يَبُولُ من مَبَالِ النِّسَاءِ فَهُوَ أُنْثَى وَإِنْ كان يَبُولُ مِنْهُمَا جميعا يُحَكَّمُ السَّبْقُ لِأَنَّ سَبْقَ الْبَوْلِ من أَحَدِهِمَا يَدُلُّ على أَنَّهُ هو الْمَخْرَجُ الْأَصْلِيُّ وإن الْخُرُوجَ من الْآخَرِ بِطَرِيقِ الِانْحِرَافِ عنه
وَإِنْ كان لَا يَسْبِقُ

---



---

أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فَتَوَقَّفَ أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وقال هو خُنْثَى مُشْكِلٌ
وَهَذَا من كَمَالِ فِقْهِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه لِأَنَّ التَّوَقُّفَ عِنْدَ عَدَمِ الدَّلِيلِ وَاجِبٌ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ تُحَكَّمُ الْكَثْرَةُ لِأَنَّهَا في الدَّلَالَةِ على الْمَخْرَجِ الْأَصْلِيِّ كَالسَّبْقِ فَيَجُوزُ تَحْكِيمُهُ
وجه ( ( ( ووجه ) ) ) قَوْلِ أبي حَنِيفَةِ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّ كَثْرَةَ الْبَوْلِ وَقِلَّتَهُ لِسَعَةِ الْمَحِلِّ وَضِيْقِهِ فَلَا يَصْلُحُ لِلْفَصْلِ بين الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ بِخِلَافِ السَّبَقِ وَحُكِيَ أَنَّهُ لَمَّا بَلَغَ أَبَا حَنِيفَةَ قَوْلُ أبي يُوسُفَ في تَحْكِيمِ الْكَثْرَةِ لم يَرْضَ بِهِ وقال وهل ( ( ( هل ) ) ) رَأَيْت حَاكِمًا يَزِنُ الْبَوْلَ فَإِنْ اسْتَوَيَا تَوَقَّفَا أَيْضًا وَقَالَا هو خُنْثَى مُشْكِلٌ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْخُنْثَى الْمُشْكِلِ فَلَهُ في الشَّرْعِ أَحْكَامٌ حُكْمُ الْخِتَانِ وَحُكْمُ الْغُسْلِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَحُكْمُ الْمِيرَاثِ وَنَحْوُ ذلك من الْأَحْكَامِ
أَمَّا حُكْمُ الْخِتَانِ فَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَخْتِنَهُ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ أُنْثَى وَلَا يَحِلُّ له النَّظَرُ إلَى عَوْرَتِهَا وَلَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ أَنْ تَخْتِنَهُ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ فَلَا يَحِلُّ لها النَّظَرُ إلَى عَوْرَتِهِ فَيَجِبُ الِاحْتِيَاطُ في ذلك وَذَلِكَ أَنْ يَشْتَرِيَ له من مَالِهِ جَارِيَةً تَخْتِنُهُ إنْ كان له مَالٌ لِأَنَّهُ إنْ كان أُنْثَى فَالْأُنْثَى تُخْتَنُ بِالْأُنْثَى عِنْدَ الْحَاجَةِ وَإِنْ كان ذَكَرًا فَتَخْتِنُهُ أَمَتُهُ لِأَنَّهُ يُبَاحُ لها النَّظَرُ إلَى فَرْجِ مَوْلَاهَا وَإِنْ لم يَكُنْ له مَالٌ يَشْتَرِي له الأمام من مَالِ بين ( ( ( بيت ) ) ) الْمَالِ جَارِيَةً خَتَّانَةً فإذا خَتَنَتْهُ بَاعَهَا وَرَدَّ ثَمَنَهَا إلَى بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ الْخِتَانَ من سُنَّةِ الْإِسْلَامِ وَهَذَا من مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ فَيُقَامُ من بَيْتِ مَالِهِمْ عِنْدَ الْحَاجَةِ وَالضَّرُورَةِ ثُمَّ تُبَاعُ وَيُرَدُّ ثَمَنُهَا إلَى بَيْتِ الْمَالِ لِانْدِفَاعِ الْحَاجَةِ وَالضَّرُورَةِ
وَقِيلَ يُزَوِّجُهُ الْإِمَامُ امْرَأَةً خَتَّانَةً لِأَنَّهُ إنْ كان ذَكَرًا فَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَخْتِنَ زَوْجَهَا وَإِنْ كان أُنْثَى فَالْمَرْأَةُ تَخْتِنُ الْمَرْأَةَ عِنْدَ الْحَاجَةِ
وَأَمَّا حُكْمُ غُسْلِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُغَسِّلَهُ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ أُنْثَى وَلَا يَحِلُّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تُغَسِّلَهُ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ ذَكَرٌ وَلَكِنَّهُ يُيَمَّمُ كان الْمُيَمِّمُ رَجُلًا أو امْرَأَةً غير أَنَّهُ إنْ كان ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه يَمَّمَهُ من غَيْرِ خِرْقَةٍ وَإِنْ كان أَجْنَبِيًّا يَمَّمَهُ بِالْخِرْقَةِ وَيَكُفُّ بَصَرَهُ عن ذِرَاعَيْهِ
وَأَمَّا حُكْمُ الْوُقُوفِ في الصُّفُوفِ في الصَّلَاةِ فإنه يَقِفُ بَعْدَ صَفِّ الرِّجَالِ

وَالصَّبِيَّانِ قبل صَفِّ النِّسَاءِ احْتِيَاطًا على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الصَّلَاةِ
وَأَمَّا حُكْمُ إمَامَتِهِ في الصَّلَاةِ أَيْضًا فَقَدْ مَرَّ فَلَا يَؤُمُّ الرِّجَالَ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ أُنْثَى وَيَؤُمُّ النِّسَاءَ
وَأَمَّا حُكْمُ وَضْعِ الْجَنَائِزِ على التَّرْتِيبِ فَتُقَدَّمُ جِنَازَتُهُ على جِنَازَةِ النِّسَاءِ وَتُؤَخَّرُ عن جِنَازَةِ الرِّجَالِ وَالصَّبِيَّانِ على ما مَرَّ في كِتَابِ الصَّلَاةِ لِجَوَازِ أَنَّهُ ذَكَرٌ فَيُسْلَكُ مَسْلَكَ الِاحْتِيَاطِ في ذلك كُلِّهِ وَأَمَّا حُكْمُ الْغَنَائِمِ فَلَا يُعْطَى سَهْمًا وَلَكِنْ يُرْضَخُ له كَأَنَّهُ امْرَأَةٌ لِأَنَّ في اسْتِحْقَاقِ الزِّيَادَةِ شَك ( ( ( شكا ) ) ) فَلَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ وَأَمَّا حُكْمُ الْمِيرَاثِ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فيه
قال أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ يُعْطَى له أَقَلَّ الْأَنْصِبَاءِ وهو نَصِيبُ الْأُنْثَى إلَّا أَنْ يَكُونَ أَسْوَأَ أَحْوَالِهِ أَنْ يُجْعَلَ ذَكَرًا فَحِينَئِذٍ يُجْعَلُ ذَكَرًا حُكْمًا
وَبَيَانُ هذا في مَسَائِلَ إذَا مَاتَ رَجُلٌ وَتَرَكَ ابْنًا مَعْرُوفًا وَوَلَدًا خُنْثَى فَعِنْدَ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى يُقَسَّمُ الْمَالُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا لِلِابْنِ الْمَعْرُوفِ الثُّلُثَانِ وَلِلْخُنْثَى الثُّلُثُ وَيُجْعَلُ الْخُنْثَى ههنا أُنْثَى كَأَنَّهُ تَرَكَ ابْنًا وَبِنْتًا
وَلَوْ تَرَكَ وَلَدًا خُنْثَى وَعَصَبَةً فَالنِّصْفُ لِلْخُنْثَى وَالْبَاقِي لِلْعَصَبَةِ
وَيُجْعَلُ الْخُنْثَى أُنْثَى كَأَنَّهُ تَرَكَ بِنْتًا وَعَصَبَةً
وَلَوْ تَرَكَ أُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ وَخُنْثَى لِأَبٍ وَعَصَبَةً فَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ ولو ( ( ( والخنثى ) ) ) الخنثى لِأَبِ السُّدُسُ تَكْمِلَةُ الثُّلُثَيْنِ وَالْبَاقِي لِلْعَصَبَةِ وَيُجْعَلُ الْخُنْثَى أَيْضًا ههنا أُنْثَى كَأَنَّهُ تَرَكَ أُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ وَأُخْتًا لِأَبٍ وَعَصَبَةً فَإِنْ تَرَكَتْ زَوْجًا وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ وَخُنْثَى لِأَبٍ فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ وَلَا شَيْءَ لِلْخُنْثَى
وَيُجْعَلُ ههنا ذَكَرًا لِأَنَّ هذا أَسْوَأُ أَحْوَالِهِ لِأَنَّا لو جَعَلْنَاهُ أُنْثَى لَأَصَابَ السُّدُسَ وَتَعُولُ الْفَرِيضَةُ وَلَوْ جَعَلْنَاهُ ذَكَرًا لَا يُصِيبُ شيئا كَأَنَّهَا تَرَكَتْ زَوْجًا وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ وَأَخًا لِأَبٍ
وَهَذَا الذي ذَكَرْنَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى
وقال الشَّعْبِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يعطي نِصْفَ مِيرَاثِ الذَّكَرِ وَنِصْفَ مِيرَاثِ الْأُنْثَى لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أُنْثَى فَيُعْطَى له نِصْفَ مِيرَاثِ الرِّجَالِ وَنِصْفَ مِيرَاثِ النِّسَاءِ
وَالصَّحِيحُ قَوْلُ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى لِأَنَّ الْأَقَلَّ ثَابِتٌ بِيَقِينٍ وفي الْأَكْثَرِ شَكٌّ لِأَنَّهُ إنْ كان ذَكَرًا فَلَهُ الْأَكْثَرُ وَإِنْ كان أُنْثَى فَلَهَا الْأَقَلُّ فَكَانَ اسْتِحْقَاقُ الْأَقَلِّ ثَابِتًا بِيَقِينٍ وفي اسْتِحْقَاقِ الْأَكْثَرِ شَكٌّ فَلَا يَثْبُتُ الِاسْتِحْقَاقُ مع الشَّكِّ على الْأَصْلِ الْمَعْهُودِ في غَيْرِ الثَّابِتِ بِيَقِينٍ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ وَلِأَنَّ سَبَبَ اسْتِحْقَاقِ كل الْمَالِ ثَابِتٌ لِلِابْنِ الْمَعْرُوفِ وهو ذَكَرٌ فيه وَإِنَّمَا يُنْتَقَصُ حَقُّهُ بِمُزَاحِمَةِ الْآخَرِ
فإذا احْتُمِلَ أَنَّهُ ذَكَرٌ وَاحْتُمِلَ أَنَّهُ أُنْثَى وَقَعَ الشَّكُّ في سُقُوطِ حَقِّهِ عن الزِّيَادَةِ على الثُّلُثِ فَلَا يَسْقُطُ بِالشَّكِّ على الْأَصْلِ الْمَعْهُودِ في

---



---

الثَّابِتِ بِيَقِينٍ أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِالشَّكِّ
وَاخْتَلَفَ أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ في تَفْسِيرِ قَوْلِ الشَّعْبِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَتَخْرِيجِهِ فِيمَا إذَا تَرَكَ ابْنًا مَعْرُوفًا وَوَلَدًا خُنْثَى

فقال أبو يُوسُفَ على قِيَاسِ قَوْلِهِ يُقَسَّمُ الْمَالُ على سَبْعَةٍ أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ منها لِلِابْنِ الْمَعْرُوفِ وَثَلَاثَةٌ لِلْخُنْثَى
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى
على قِيَاسِ قَوْلِهِ يُقَسَّمُ الْمَالُ على اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا سَبْعَةٌ منها لِلِابْنِ الْمَعْرُوفِ وَخَمْسَةٌ لِلْخُنْثَى
وَجْهُ تَفْسِيرِ مُحَمَّدٍ وَتَخْرِيجِهِ لِقَوْلِ الشَّعْبِيِّ إن لِلْخُنْثَى في حَالٍ سَهْمًا وهو أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا وَلِلِابْنِ الْمَعْرُوفِ سَهْمٌ وَلَهُ في حَالٍ ثُلُثَا سَهْمٍ وهو أَنْ يَكُونَ أُنْثَى وَلِلِابْنِ الْمَعْرُوفِ سَهْمٌ وَثُلُثُ سَهْمٍ فيعطي نِصْفَ ما يَسْتَحِقُّهُ في حَالَيْنِ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ على حَالَةٍ وَاحِدَةٍ من الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ لِاسْتِحَالَةِ أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ الْوَاحِدُ ذَكَرًا وَأُنْثَى وَلَيْسَتْ إحْدَى الْحَالَتَيْنِ أَوْلَى من الْأُخْرَى فَيُعْطَى نِصْفَ ما يَسْتَحِقُّهُ في الحالين ( ( ( الحالتين ) ) ) وهو خَمْسَةُ أَسْدَاسِ سَهْمٍ وَانْكَسَرَ الْحِسَابُ بِالْأَسْدَاسِ فَيَصِيرُ كُلُّ سَهْمٍ سِتَّةً فَيَصِيرُ جَمِيعُ الْمَالِ اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا
لِلْخُنْثَى منها خَمْسَةٌ وَلِلِابْنِ الْمَعْرُوفِ سَبْعَةٌ
أو يُقَالُ إذَا جَعَلْنَا جَمِيعَ الْمَالِ اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا فَالْخُنْثَى يَسْتَحِقُّ في حَالٍ سِتَّةً من اثْنَيْ عَشَرَ وَهِيَ أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا وفي حَالٍ أَرْبَعَةً من اثْنَيْ عَشَرَ وَهِيَ أَنْ يَكُونَ أُنْثَى فَالْأَرْبَعَةُ ثَابِتَةٌ بِيَقِينٍ وَسَهْمَانِ يَثْبُتَانِ في حَالٍ وَلَا يَثْبُتَانِ في حَالٍ وَلَيْسَتْ إحْدَى الْحَالَتَيْنِ أَوْلَى من الْأُخْرَى فَيُنَصَّفُ وَذَلِكَ سَهْمٌ فَذَلِكَ خَمْسَةُ أَسْهُمٍ لِلْخُنْثَى
وَأَمَّا الِابْنُ الْمَعْرُوفُ فَالسِّتَّةُ من الِاثْنَيْ عَشَرَ ثَابِتَةٌ بِيَقِينٍ وَسَهْمَانِ يَثْبُتَانِ في حَالٍ وَلَا يَثْبُتَانِ في حَالٍ فَيُنَصَّفُ وَذَلِكَ سَهْمٌ فَذَلِكَ سَبْعَةُ أَسْهُمٍ لِلِابْنِ الْمَعْرُوفِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَتَخْرِيجُهُ لِقَوْلِ الشَّعْبِيِّ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أُنْثَى فَإِنْ كان ذَكَرًا فَلَهُ نَصِيبُ ابْنٍ وهو سَهْمٌ وَلِلِابْنِ الْمَعْرُوفِ سَهْمٌ وَإِنْ كان أُنْثَى فَلَهُ نَصِيبُ بِنْتٍ وهو نِصْفُ سَهْمٍ وَلِلِابْنِ الْمَعْرُوفِ سَهْمٌ فَلَهُ في حَالٍ سَهْمٌ تَامٌّ وفي حَالٍ نِصْفُ سَهْمٍ وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ على حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَيْسَتْ إحْدَاهُمَا بِأَوْلَى من الْأُخْرَى فيعطي نِصْفَ ما يَسْتَحِقُّهُ في حالين ( ( ( حالتين ) ) ) وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ سَهْمٍ وَلِلِابْنِ الْمَعْرُوفِ سَهْمٌ تَامٌّ فَيَكُونُ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا على سَبْعَةِ أَسْهُمٍ لِلِابْنِ الْمَعْرُوفِ أَرْبَعَةٌ وَلِلْخُنْثَى ثَلَاثَةٌ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصواب
وَوَجَدْتُ في شَرْحِ مَسَائِلِ الْمُجَرَّدِ الْمَنْسُوبِ إلَى الْإِمَامِ إسْمَاعِيلَ بن عبدالله الْبَيْهَقِيِّ رضي اللَّهُ عنه الذي اخْتَصَرَ الْمَبْسُوطَ وَالْجَامِعَيْنِ وَالزِّيَادَاتِ في مُجَلَّدَةٍ وَاحِدَةٍ وَشَرَحَهُ بِكِتَابٍ لَقَبُهُ الشَّامِلُ بَابًا في الْخُنْثَى فَأَحْبَبْتُ أَنْ أُلْحِقَهُ بهذا الْفَصْلِ وهو ليس من أَصْلِ الشَّيْخِ وهو بَابُ الْخُنْثَى
قال ابن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ تعالى عنهما عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم يُوَرَّثُ الْخُنْثَى من حَيْثُ يَبُولُ وهو مَذْهَبُنَا
الْخُنْثَى الْمُشْكِلُ مُعْتَبَرٌ بِالنِّسَاءِ في حَقِّ بَعْضِ الْأَحْكَامِ إذَا كان الِاحْتِيَاطُ في الْإِلْحَاقِ بِهِنَّ وَبِالرِّجَالِ إذَا كان الِاحْتِيَاطُ فيه فَحُكْمُهُ في الصَّلَاةِ حُكْمُ الْمَرْأَةِ في الْقُعُودِ وَالسَّتْرِ وفي الْوُقُوفِ بِجَنْبِ الرِّجَالِ في إفْسَادِ صَلَاةِ الرَّجُلِ وَيَقُومُ خَلْفَ الرِّجَالِ وَقُدَّامَ النِّسَاءِ وَلَا يَلْبَسُ الْحَرِيرَ إلْحَاقًا بِالرِّجَالِ وفي الْقِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ مِثْلُ الْمَرْأَةِ
وَلَوْ مَاتَ يُمِّمَ بِالصَّعِيدِ وَلَا يُغَسِّلُهُ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ وَيُسَجَّى قَبْرُهُ وَيَدْخُلُ قَبْرَهُ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه فَإِنْ قلبه ( ( ( قبله ) ) ) رَجُلٌ بِشَهْوَةٍ لم يَتَزَوَّجْ بِأُمِّهِ

وَلَوْ زَوَّجَهُ أَبُوهُ امْرَأَةً يُؤَجَّلُ كَالْعِنِّينِ سَنَةً وَلَا حَدَّ على قَاذِفِهِ اعْتِبَارًا بِالْمَجْبُوبِ وَالرَّتْقَاءِ وفي الْكُلِّ يُعْتَبَرُ الِاحْتِيَاطِ
ولو قال كُلُّ عَبْدٍ لي حُرٌّ وقال كُلُّ أَمَةٍ لم يَعْتِقْ الْخُنْثَى الْمُشْكِلُ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَابِتٌ فَلَا يَزُولُ بِالشَّكِّ
وَلَوْ قال الْقَوْلَيْنِ جميعا عَتَقَ لِمَا عُرِفَ
وَقَوْلُهُ أنا ذَكَرٌ أو أُنْثَى لَا يُقْبَلُ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ وَيَشْتَرِي امْرَأَةً بِأَنْ يشترى له أَمَةً من مَالِهِ لِلْخِدْمَةِ فَإِنْ لم يَكُنْ له مَالٌ فَمِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّهُ من مَصَالِحِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ
مَاتَ وَأَقَامَ رَجُلٌ الْبَيِّنَةَ أنها كانت امْرَأَتَهُ وَكَانَتْ تَبُولُ من مَبَالِ النِّسَاءِ وَامْرَأَةٌ أَنَّهُ كان زَوْجَهَا وكان يَبُولُ من مَبَالِ الرِّجَالِ لم يُقْضَ لِأَحَدِهِمَا إلَّا إنْ ذَكَرَتْ إحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ وَقْتًا أَقْدَمَ فَيُقْضَى له وفي حَبْسِهِ في الدعاوي وَلَا يُفْرَضُ له في الدِّيوَانِ لِأَنَّهُ حَقُّ الرَّجُلِ الْمُقَاتِلِ فَإِنْ شَهِدَ الْقِتَالَ يُرْضَخُ له لِأَنَّ الرَّضْخَ نَوْعُ إعَانَةٍ وَإِنْ أُسِرَ لم يُقْتَلْ وَلَا يَدْخُلُ في قَسَامَةٍ وَلَا تُؤْخَذُ منه الْجِزْيَةُ لِأَنَّ هذا من أَحْكَامِ الرِّجَالِ
أَوْصَى رَجُلٌ لِمَا في بَطْنِ فُلَانَةَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ إنْ كان غُلَامًا وَبِخَمْسِمِائَةٍ إنْ كانت جَارِيَةً وكان مُشْكِلًا لم يَزِدْ على خَمْسِمِائَةٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ وَعِنْدَهُمَا رَحِمَهُمَا اللَّهُ له نِصْفُ الْأَلْفِ وَالْخَمْسُمِائَةِ
قال وَخُرُوجُ اللِّحْيَةِ دَلِيلُ أَنَّهُ رَجُلٌ وَالثَّدْيُ على مِثَالِ ثَدْيِ الْمَرْأَةِ مع عَدَمِ اللِّحْيَةِ وَالْحَيْضُ دَلِيلُ كَوْنِهِ امْرَأَةً
زُوِّجَ خُنْثَى

---



---

من خُنْثَى مُشْكِلَانِ على أَنَّ أَحَدَهُمَا رَجُلٌ وَالْآخَرَ امْرَأَةٌ صَحَّ الْوَقْفُ في النِّكَاحِ حتى تَتَبَيَّنَ فَإِنْ مَاتَا قبل الْبَيَانِ لم يَتَوَارَثَا لِمَا مَرَّ
شَهِدَ شُهُودٌ على خُنْثَى أَنَّهُ غُلَامٌ وَشُهُودٌ أَنَّهُ جَارِيَةٌ وَالْمَطْلُوبُ مِيرَاثٌ قَضَيْتُ بِشَهَادَةِ الْغُلَامِ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إثْبَاتًا فَإِنْ كان الْمُدَّعَى مَهْرًا قَضَيْتُ بِكَوْنِهَا جَارِيَةً وَإِنْ كان الْمُقِيمُ لَا يَطْلُبُ شيئا لم أسمع ( ( ( تسمع ) ) ) الْبَيِّنَةُ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
كِتَابُ الْوَصَايَا الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ جَوَازِ الْوَصِيَّةِ وفي بَيَانِ رُكْنِ الْوَصِيَّةِ وفي بَيَانِ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ رُكْنِ الْوَصِيَّةِ وفي بَيَانِ صِفَةِ عَقْدِ الْوَصِيَّةِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْوَصِيَّةِ وفي بَيَانِ ما تَبْطُلُ بِهِ الْوَصِيَّةُ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْمَوْتُ مُزِيلٌ لِلْمِلْكِ فَتَقَعُ الْإِضَافَةُ إلَى زَمَانِ زَوَالِ الْمِلْكِ فَلَا يُتَصَوَّرُ وُقُوعُهُ تَمْلِيكًا فَلَا يَصِحُّ إلَّا أَنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا جَوَازَهَا بِالْكِتَابِ الْعَزِيزِ وَالسُّنَّةِ الْكَرِيمَةِ وَالْإِجْمَاعِ
أَمَّا الْكِتَابُ الْعَزِيزُ فَقَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى في آيَةِ الْمَوَارِيثِ { يُوصِيكُمْ اللَّهُ في أَوْلَادِكُمْ } إلَى قَوْلِهِ جَلَّتْ عَظَمَتُهُ { من بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بها أو دَيْنٍ }
ويوصي بها أو دَيْنٍ ويوصين بها أو دَيْنٍ وتوصون بها أو دَيْنٍ
شُرِعَ الْمِيرَاثُ مُرَتَّبًا على الْوَصِيَّةِ فَدَلَّ أَنَّ الْوَصِيَّةَ جَائِزَةٌ وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ

وَتَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ حين الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أو آخَرَانِ من غَيْرِكُمْ إنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ في الْأَرْضِ } نَدَبَنَا سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى إلَى الْإِشْهَادِ على حَالِ الْوَصِيَّةِ فَدَلَّ أنها مَشْرُوعَةٌ
وَأَمَّا السُّنَّةُ فما رُوِيَ أَنَّ سَعْدَ بن أبي وَقَّاصٍ رضي اللَّهُ عنه وهو سَعْدُ بن مَالِكٍ كان مَرِيضًا فَعَادَهُ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم فقال يا رَسُولَ اللَّهِ أُوصِي بِجَمِيعِ مَالِي فقال لَا
فقال بِثُلُثَيْ مَالِي قال لَا
قال فَبِنِصْفِ مَالِي قال لَا
قال فَبِثُلُثِ مَالِي فقال عليه الصلاة ( ( ( السلام ) ) ) والسلام الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ
إنَّكَ إن تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ من أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ الناس وَرُوِيَ فُقَرَاءُ يَتَكَفَّفُونَ الناس فَقَدْ جَوَّزَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم الْوَصِيَّةَ بِالثُّلُثِ
وَرُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ في آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً على أَعْمَالِكُمْ فَضَعُوهُ حَيْثُ شِئْتُمْ أَخْبَرَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى جَعَلَنَا أَخَصَّ بِثُلُثِ أَمْوَالِنَا في آخِرِ أَعْمَارِنَا لنكتسب ( ( ( لنكسب ) ) ) بِهِ زِيَادَةً في أَعْمَالِنَا
وَالْوَصِيَّةُ تَصَرُّفٌ في ثُلُثِ الْمَالِ في آخِرِ الْعُمْرِ زِيَادَةٌ في الْعَمَلِ فَكَانَتْ مَشْرُوعَةً
وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فإن الْأُمَّةَ من لَدُنْ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم إلَى يَوْمِنَا هذا يُوصُونَ من غَيْرِ إنْكَارٍ من أَحَدٍ فَيَكُونُ إجْمَاعًا من الْأُمَّةِ على ذلك
وَالْقِيَاسُ يُتْرَكُ بِالْكِتَابِ الْعَزِيزِ وَالسُّنَّةِ الْكَرِيمَةِ وَالْإِجْمَاعِ مع ما أَنَّ ضَرْبًا من الْقِيَاسِ يَقْتَضِي الْجَوَازَ وهو أَنَّ الْإِنْسَانَ يَحْتَاجُ إلَى أَنْ يَكُونَ خَتَمَ عَمَلَهُ بِالْقُرْبَةِ زِيَادَةً على الْقُرَبِ السَّابِقَةِ على ما نَطَقَ بِهِ الْحَدِيثُ أو تَدَارُكًا لِمَا فَرَّطَ في حَيَاتِهِ وَذَلِكَ بِالْوَصِيَّةِ
وَهَذِهِ الْعُقُودُ ما شُرِعَتْ إلَّا لِحَوَائِجِ الْعِبَادِ فإذا مَسَّتْ حَاجَتُهُمْ إلَى الْوَصِيَّةِ وَجَبَ الْقَوْلُ بِجَوَازِهَا
وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ مِلْكَ الْإِنْسَانِ لَا يَزُولُ بِمَوْتِهِ فِيمَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ أَلَا يَرَى أَنَّهُ بَقِيَ في قَدْرِ جِهَازِهِ من الْكَفَنِ وَالدَّفْنِ وَبَقِيَ في قَدْرِ الدَّيْنِ الذي هو مُطَالَبٌ بِهِ من جِهَةِ الْعِبَادِ لِحَاجَةٍ إلَى ذلك كَذَلِكَ هَهُنَا
وَبَعْضُ الناس يقول الْوَصِيَّةُ وَاجِبَةٌ لِمَا رُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ له مَالٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فيه يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَ رَأْسِهِ وفي نَفْسِ الحديث ما يَنْفِي الْوُجُوبَ لِأَنَّ فيه تَحْرِيمَ تَرْكِ الْإِيصَاءِ عِنْدَ إرَادَةِ الْإِيصَاءِ
وَالْوَاجِبُ لَا يَقِفُ وُجُوبُهُ على إرَادَةِ من عليه كَسَائِرِ الْوَاجِبَاتِ أو يُحْمَلُ الْحَدِيثُ بِمَا عليه من الْفَرَائِضِ وَالْوَاجِبَاتِ كَالْحَجِّ وَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ وَالْوَصِيَّةُ بها وَاجِبَةٌ عِنْدَنَا على أَنَّهُ من أَخْبَارِ الْآحَادِ وَرَدَ فيها ( ( ( فيما ) ) ) تَعُمُّ بِهِ الْبَلْوَى وَأَنَّهُ دَلِيلٌ على عَدَمِ الثُّبُوتِ فَلَا يُقْبَلُ وَقِيلَ إنَّهَا كانت وَاجِبَةً في الِابْتِدَاءِ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { كُتِبَ عَلَيْكُمْ إذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ إنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا على الْمُتَّقِينَ } ثُمَّ نُسِخَتْ
وَاخْتُلِفَ في النَّاسِخِ قال بَعْضُهُمْ نَسَخَهَا الْحَدِيثُ وهو ما رُوِيَ عن أبي قِلَابَةَ رضي اللَّهُ عنه أنه عليه

---

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ وَالْكِتَابُ الْعَزِيزُ قد يُنْسَخُ بِالسُّنَّةِ
فَإِنْ قِيلَ إنَّمَا يُنْسَخُ الْكِتَابَ عِنْدَكُمْ بِالسُّنَّةِ الْمُتَوَاتِرَةِ وَهَذَا من الْآحَادِ
فَالْجَوَابُ أَنَّ هذا الحديث مُتَوَاتِرٌ غير أَنَّ التَّوَاتُرَ ضَرْبَانِ تَوَاتُرٌ من حَيْثُ الرِّوَايَةِ وهو أَنْ يَرْوِيَهُ جَمَاعَةٌ لَا يُتَصَوَّرُ تَوَاطُؤُهُمْ على الْكَذِبِ وَتَوَاتُرٌ من حَيْثُ ظُهُورِ الْعَمَلِ بِهِ قَرْنًا فَقَرْنًا من غَيْرِ ظُهُورِ الْمَنْعِ وَالنَّكِيرِ عليهم في الْعَمَلِ بِهِ إلَّا أَنَّهُمْ ما رَوَوْهُ على التَّوَاتُرِ لِأَنَّ ظُهُورَ الْعَمَلِ بِهِ أَغْنَاهُمْ عن رِوَايَتِهِ وقد ظَهَرَ الْعَمَلُ بهذا مع ظُهُورِ الْقَوْلِ أَيْضًا من الْأَئِمَّةِ بِالْفَتْوَى بِهِ بِلَا تَنَازُعٍ منهم
وَمِثْلُهُ يُوجِبُ الْعَمَلَ قَطْعًا فَيَجُوزُ نَسْخُ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ بِهِ كما يَجُوزُ بِالْمُتَوَاتِرِ في الرِّوَايَةِ إلَّا أَنَّهُمَا يَفْتَرِقَانِ من وَجْهٍ وهو أَنَّ جَاحِدَ الْمُتَوَاتِرِ في الرِّوَايَةِ يُكَفَّرُ وَجَاحِدَ الْمُتَوَاتِرِ في ظُهُورِ الْعَمَلِ لَا يُكَفَّرُ لِمَعْنَى عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ
وقال بَعْضُ الْعُلَمَاءِ نَسَخَتْهَا آيَةُ الْمَوَارِيثِ وفي الحديث ما يَدُلُّ عليه فإنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ
وَقَوْلُهُ كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ أَيْ كُلَّ حَقِّهِ
فَقَدْ أَشَارَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إلَى أَنَّ الْمِيرَاثَ الذي أعطى لِلْوَارِثِ كُلُّ حَقِّهِ فَيَدُلُّ على ارْتِفَاعِ الْوَصِيَّةِ وَتَحَوُّلِ حَقِّهِ من الْوَصِيَّةِ إلَى الْمِيرَاثِ وإذا تَحَوَّلَ فَلَا يَبْقَى له حَقٌّ في الْوَصِيَّةِ كَالْقِبْلَةِ لَمَّا تَحَوَّلَتْ من بَيْتِ الْمَقْدِسِ إلَى الْكَعْبَةِ لم يَبْقَ بِبَيْتِ الْمَقْدِسِ قِبْلَةً وَكَالدَّيْنِ إذَا تَحَوَّلَ من ذِمَّةٍ إلَى ذِمَّةٍ لَا يَبْقَى في الذِّمَّةِ الْأُولَى وَكَمَا في الْحَوَالَةِ الْحَقِيقِيَّةِ
وقال بَعْضُهُمْ الْوَصِيَّةُ بَقِيَتْ وَاجِبَةً لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ غَيْرِ الْوَارِثِينَ بِسَبَبِ الْكُفْرِ وَالرِّقِّ وَالْآيَةُ وَإِنْ كانت عَامَّةً في الْمَخْرَجِ لَكِنْ خُصَّ منها الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ الْوَارِثُونَ بِالْحَدِيثِ وهو قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ فَكَانَ الْحَدِيثُ مُخَصِّصًا لِعُمُومِ الْكِتَابِ لَا نَاسِخًا وَالْحَمْلُ على التَّخْصِيصِ أَوْلَى من الْحَمْلِ على النَّسْخِ إلَّا أَنَّ عَامَّةَ أَهْلِ التَّأْوِيلِ قالوا إنَّ الْوَصِيَّةَ في الِابْتِدَاءِ كانت فَرِيضَةً لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ الْمُسْلِمِينَ ثُمَّ نُسِخَتْ بِحَدِيثِ أبي قِلَابَةَ
وقال بَعْضُهُمْ إنْ كان عليه حَجٌّ أو زَكَاةٌ أو كَفَّارَةٌ أو غَيْرُ ذلك من الْوَاجِبَاتِ فَالْوَصِيَّةُ بِذَلِكَ وَاجِبَةٌ وَإِنْ لم يَكُنْ فَهِيَ غَيْرُ وَاجِبَةٍ بَلْ جَائِزَةٌ وَبِهِ أَخَذَ الْفَقِيهُ أبو اللَّيْثِ
وَأَمَّا الْكَلَامُ في الِاسْتِحْبَابِ فَقَدْ قالوا إنْ كان مَالُهُ قَلِيلًا وَلَهُ وَرَثَةٌ فُقَرَاءُ فَالْأَفْضَلُ أَنْ لَا يوصى لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في حديث سَعْدٍ رضي اللَّهُ عنه إنَّكَ إنْ تَرَكْتَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ لك من أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ الناس وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ في هذه الْحَالَةِ تَكُونُ صِلَةً بِالْأَجَانِبِ وَالتَّرْكَ يَكُونُ صِلَةً بِالْأَقَارِبِ فَكَانَ أَوْلَى
وَإِنْ كان مَالُهُ كَثِيرًا فَإِنْ كانت وَرَثَتُهُ فُقَرَاءَ فَالْأَفْضَلُ أَنْ يُوصِيَ بِمَا دُونَ الثُّلُثِ وَيَتْرُكَ الْمَالَ لِوَرَثَتِهِ لِأَنَّ غُنْيَةَ الْوَرَثَةِ تَحْصُلُ بِمَا زَادَ على الثُّلُثِ إذَا كان الْمَالُ كَثِيرًا وَلَا تَحْصُلُ عِنْدَ قِلَّتِهِ وَالْوَصِيَّةُ بِالْخُمُسِ أَفْضَلُ من الْوَصِيَّةِ بِالرُّبْعِ وَالْوَصِيَّةُ بِالرُّبْعِ أَفْضَلُ من الْوَصِيَّةِ بِالثُّلُثِ لِمَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال لَأَنْ أوصى بِالْخُمُسِ أَحَبُّ إلَيَّ من أَنْ أُوصِيَ بِالرُّبْعِ وَلَأَنْ أُوصِيَ بِالرُّبْعِ أَحَبُّ إلَيَّ من أَنْ أُوصِيَ بِالثُّلُثِ وَمَنْ أَوْصَى بِالثُّلُثِ لم يَتْرُكْ شيئا أَيْ لم يَتْرُكْ من حَقِّهِ شيئا لِوَرَثَتِهِ لِأَنَّ الثُّلُثَ حَقُّهُ فإذا أَوْصَى بِالثُّلُثِ فلم يَتْرُكْ من

حَقِّهِ شيئا لهم
وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا أبي بَكْرٍ وَسَيِّدِنَا عُمَرَ وَسَيِّدِنَا عُثْمَانَ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قالوا الْخُمُسُ اقْتِصَادٌ وَالرُّبُعُ جَهْدٌ وَالثُّلُثُ حَيْفٌ
وَإِنْ كان وَرَثَتُهُ أَغْنِيَاءَ فَالْأَفْضَلُ الْوَصِيَّةُ بِالثُّلُثِ ثُمَّ الْوَصِيَّةُ بِالثُّلُثِ لِأَقَارِبِهِ الَّذِينَ لَا يَرِثُونَ أَفْضَلُ من الْوَصِيَّةِ بِهِ لِلْأَجَانِبِ وَالْوَصِيَّةُ لِلْقَرِيبِ الْمُعَادِي أَفْضَلُ من الْوَصِيَّةِ لِلْقَرِيبِ الموالى لِأَنَّ الصَّدَقَةَ على الْمُعَادِي تَكُونُ أَقْرَبَ إلَى الْإِخْلَاصِ وَأَبْعَدَ عن الرِّيَاءِ
ونظيره ( ( ( ونظير ) ) ) قَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِذَلِكَ الذي اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ فَإِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ له وَشَرٌّ لك
وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ شَرٌّ له وَخَيْرٌ لك وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْمُعَادِي سَبَبٌ لِزَوَالِ الْعَدَاوَةِ وَصِيَانَةٌ لِلْقَرَابَةِ عن الْقَطِيعَةِ فَكَانَتْ أَوْلَى
هذا إذَا اسْتَوَى الْفَرِيقَانِ في الْفَضْلِ وَالدِّينِ وَالْحَاجَةِ وَأَحَدُهُمَا مُعَادِي
فَأَمَّا إذَا كان الْمُوَالِي مِنْهُمَا أَعَفَّهُمَا وَأَصْلَحَهُمَا وَأَحْوَجَهُمَا فَالْوَصِيَّةُ له أَفْضَلُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ له تَقَعُ إعَانَةً على طَاعَةِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى
فَصْلٌ وَأَمَّا رُكْنُ الْوَصِيَّةِ فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه
وقال ( ( ( قال ) ) ) أَصْحَابُنَا الثَّلَاثَةُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ هو الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ الْإِيجَابُ من الْمُوصِي وَالْقَبُولُ من الْمُوصَى له فما لم يُوجَدَا جميعا لَا يَتِمُّ الرُّكْنُ وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ رُكْنُ الْوَصِيَّةِ الْإِيجَابُ من الْمُوصِي وَعَدَمُ الرَّدِّ من الْمُوصَى له وهو أَنْ يَقَعَ الْيَأْسُ عن رَدِّهِ وَهَذَا أَسْهَلُ لِتَخْرِيجِ الْمَسَائِلِ على ما نَذْكُرُ
وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ الرُّكْنُ هو

---

(7/331)

---

الْإِيجَابُ من الْمُوصِي فَقَطْ وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ مِلْكَ الْمُوصَى له بِمَنْزِلَةِ مِلْكِ الْوَارِثِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من الْمِلْكَيْنِ يَنْتَقِلُ بِالْمَوْتِ ثُمَّ مِلْكُ الْوَارِثِ لَا يَفْتَقِرُ إلَى قَبُولِهِ وَكَذَا مِلْكُ الْمُوصَى له
وَلَنَا قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَأَنْ ليس لِلْإِنْسَانِ إلَّا ما سَعَى } فَظَاهِرُهُ أَنْ لَا يَكُونَ لِلْإِنْسَانِ شَيْءٌ بِدُونِ سَعْيِهِ فَلَوْ ثَبَتَ الْمِلْكُ لِلْمُوصَى له من غَيْرِ قَبُولٍ لَثَبَتَ من غَيْرِ سَعْيِهِ
وَهَذَا منفى إلَّا ما خُصَّ بِدَلِيلٍ
وَلِأَنَّ الْقَوْلَ بِثُبُوتِ الْمِلْكِ له من غَيْرِ قَبُولِهِ يُؤَدِّي إلَى الْإِضْرَارِ بِهِ من وَجْهَيْنِ أَحَدِهِمَا أَنَّهُ يَلْحَقُهُ ضَرَرُ الْمِنَّةِ وَلِهَذَا تَوَقَّفَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ لِلْمَوْهُوبِ له على قَبُولِهِ دَفْعًا لِضَرَرِ الْمِنَّةِ
وَالثَّانِي أَنَّ الْمُوصَى بِهِ قد يَكُونُ شيئا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُوصَى له كَالْعَبْدِ الْأَعْمَى وَالزَّمِنِ وَالْمُقْعَدِ وَنَحْوِ ذلك وَإِلَى هذا أَشَارَ في الْأَصْلِ فقال أرأيت ( ( ( أريت ) ) ) لو أَوْصَى بِعَبِيدٍ عُمْيَانَ أَيَجِبُ عليه الْقَبُولُ شَاءَ أو أَبَى وَتَلْحَقُهُ نَفَقَتُهُمْ من غَيْرِ أَنْ يَكُونَ له منهم نَفْعٌ فَلَوْ لَزِمَهُ الْمِلْكُ من غَيْرِ قَبُولِهِ لَلَحِقَهُ الضَّرَرُ من غَيْرِ إلتزامه وَإِلْزَامِ من له وِلَايَةُ الْإِلْزَامِ إذا ليس لِلْمُوصِي وِلَايَةُ إلْزَامِ الضَّرَرِ فَلَا يَلْزَمُهُ بِخِلَافِ مِلْكِ الْوَارِثِ لِأَنَّ اللُّزُومَ هُنَاكَ بالزام من له وِلَايَةُ الْإِلْزَامِ وهو اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فلم يَقِفْ على الْقَبُولِ كَسَائِرِ الْأَحْكَامِ التي تَلْزَمُ بالزام الشَّرْعِ ابْتِدَاءً

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا كان الْمُوصَى له أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ عليه ما لم يَقْبَلْ أو يموت ( ( ( يمت ) ) ) من غَيْرِ قَبُولٍ لِأَنَّهُ لَا عِتْقَ بِدُونِ الْمِلْكِ وَلَا مِلْكَ بِدُونِ الْقَبُولِ أو بِدُونِ عَدَمِ الرَّدِّ وَوُقُوعِ الْيَأْسِ عنه ولم يُوجَدْ الْقَبُولُ منه وَلَا وَقَعَ الْيَأْسُ عن الرَّدِّ ما دَامَ حَيًّا فَلَا يُعْتَقُ

وَلَوْ مَاتَ الْمُوصِي ثُمَّ مَاتَ الْمُوصَى له قبل الْقَبُولِ صَارَ الْمُوصَى بِهِ مِلْكًا لِوَرَثَةِ الْمُوصَى له اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ تَبْطُلَ الْوَصِيَّةُ وَيَكُونَ لِوَرَثَتِهِ الْخِيَارُ إنْ شاؤوا قَبِلُوا وَإِنْ شاؤوا رَدُّوا

وَجْهُ الْقِيَاسِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقَبُولَ أَحَدُ رُكْنَيْ الْعَقْدِ وقد فَاتَ بِالْمَوْتِ فَيَبْطُلُ الرُّكْنُ الْآخَرُ كما إذَا أَوْجَبَ الْبَيْعَ ثُمَّ مَاتَ الْمُشْتَرِي قبل الْقَبُولِ أو أَوْجَبَ الْهِبَةَ ثُمَّ مَاتَ الْمَوْهُوبُ له قبل الْقَبُولِ أَنَّهُ يَبْطُلُ الْإِيجَابُ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا

وَجْهُ الْقِيَاسِ الثَّانِي أَنَّ الْمُوصَى له في حَيَاتِهِ كان له الْقَبُولُ وَالرَّدُّ فإذا مَاتَ تَقُومُ وَرَثَتُهُ مَقَامَهُ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ أَحَدَ الرُّكْنَيْنِ من جَانِبِ الْمُوصَى له هو عَدَمُ الرَّدِّ منه وَذَلِكَ بِوُقُوعِ الْيَأْسِ على الرَّدِّ منه وقد حَصَلَ ذلك بِمَوْتِهِ فَتَمَّ الرُّكْنُ

وَأَمَّا على عِبَارَةِ الْقَبُولِ فَنَقُولُ إنَّ الْقَبُولَ من الْمُوصَى له لَا يُشْتَرَطُ لِعَيْنِهِ بَلْ لِوُقُوعِ الْيَأْسِ عن الرَّدِّ وقد حَصَلَ ذلك بِمَوْتِ الْمُوصَى له

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا أَوْصَى له بِجَارِيَتِهِ التي وَلَدَتْ من الْمُوصَى له بِالنِّكَاحِ أنها لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له ما لم يَقْبَلْ الْوَصِيَّةَ أو يَمُوتُ قبل الْقَبُولِ فإذا مَاتَ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له لِأَنَّهُ مَلَكَ جَارِيَةً قد وَلَدَتْ منه بِالنِّكَاحِ فَتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له وَيَنْفَسِخُ النِّكَاحُ وَإِنْ لم يَعْلَمْ الْمُوصَى له بِالْوَصِيَّةِ حتى مَاتَ أو عَلِمَ ولم يَقْبَلْ حتى مَاتَ فَهُوَ على الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ اللَّذَيْنِ ذَكَرْنَا

وَلَوْ كان حَيًّا ولم يَعْلَمْ بِالْوَصِيَّةِ وهو يَطَؤُهَا بِالنِّكَاحِ حتى وَلَدَتْ أَوْلَادًا ثُمَّ عَلِمَ بِالْوَصِيَّةِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ قَبِلَ الْوَصِيَّةَ فَكَانَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَأَوْلَادُهَا أَحْرَارٌ إنْ كَانُوا يَخْرُجُونَ من الثُّلُثِ وَإِنْ شَاءَ لم يَقْبَلْ فَلَا تَكُونُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له لِأَنَّ قَبُولَهُ شَرْطٌ

فَإِنْ قَبِلَ فَقَدْ صَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِالْقَبُولِ وَمَنْ اسْتَوْلَدَ جَارِيَةَ غَيْرِهِ بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَلَكَهَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له وَأَوْلَادُهَا أَحْرَارٌ إنْ كَانُوا يُخْرَجُونَ من الثُّلُثِ لِأَنَّ عِنْدَ الْقَبُولِ يَثْبُتُ الْمِلْكُ من وَقْتِ مَوْتِ الْمُوصِي فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمِلْكَ ثَبَتَ له في الْجَارِيَةِ من ذلك الْوَقْتِ كما في الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ أَنَّ عِنْدَ الْإِجَازَةِ يَثْبُتُ الْحُكْمُ وهو الْمِلْكُ من وَقْتِ الْبَيْعِ

كَذَا هَهُنَا وإذا ثَبَتَ الْمِلْكُ من وَقْتِ مَوْتِ الموصي يُحْكَمُ بِفَسَادِ النِّكَاحِ من ذلك الْوَقْتِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْأَوْلَادَ وُلِدُوا على فِرَاشِ مِلْكِ الْيَمِينِ فَدَخَلُوا تَحْتَ الْوَصِيَّةِ فَيَمْلِكُهُمْ بِالْقَبُولِ فَيُعْتَقُونَ إذَا كَانُوا يَخْرُجُونَ من الثُّلُثِ وَإِنْ لم يَقْبَلْ الْوَصِيَّةَ كانت الْجَارِيَةُ مِلْكًا لِوَرَثَةِ الْمُوصِي وَالْأَوْلَادُ أَرِقَّاءُ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتْبَعُ الْأُمَّ في الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ

وَلَوْ أَوْصَى بِالثُّلُثِ لِرَجُلَيْنِ وَمَاتَ الموصى فَرَدَّ أَحَدُهُمَا وَقَبِلَ الْآخَرُ الْوَصِيَّةَ كان لِلْآخَرِ حِصَّتُهُ من الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ أَضَافَ الثُّلُثَ إلَيْهِمَا وقد صَحَّتْ الْإِضَافَةُ فَانْصَرَفَ إلَى كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الثُّلُثِ فإذا رَدَّ أَحَدُهُمَا الْوَصِيَّةَ ارْتَدَّ في نِصْفِهِ وَبَقِيَ النِّصْفُ الْآخَرُ لِصَاحِبِهِ الذي قَبِلَ كَمَنْ أَقَرَّ بِأَلْفٍ لِرَجُلَيْنِ فَرَدَّ أَحَدُهُمَا إقْرَارَهُ ارْتَدَّ في نَصِيبِهِ خَاصَّةً وكان لِلْآخَرِ نِصْفُ الْإِقْرَارِ كَذَا هَهُنَا بِخِلَافِ ما إذَا أَوْصَى بِالثُّلُثِ لِهَذَا وَالثُّلُثِ لِهَذَا فَرَدَّ أَحَدُهُمَا وَقَبِلَ الْآخَرُ إن كُلَّ الثُّلُثِ لِلَّذِي قَبِلَ إلَّا أَنَّهُ إذَا قَبِلَ صَاحِبُهُ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا لِضَرُورَةِ الْمُزَاحَمَةِ إذْ ليس أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى من الْآخَرِ فإذا رَدَّ أَحَدُهُمَا زَالَتْ الْمُزَاحَمَةُ فَكَانَ جَمِيعُ

الثُّلُثِ له وإذا ثَبَتَ أَنَّ الْقَبُولَ رُكْنٌ في عَقْدِ الْوَصِيَّةِ

---

(7/332)

---

فَوَقْتُ الْقَبُولِ ما بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَلَا حُكْمَ لِلْقَبُولِ وَالرَّدِّ قبل مَوْتِهِ حتى لو رَدَّ قبل الْمَوْتِ ثُمَّ قَبِلَ بَعْدَهُ صَحَّ قَبُولُهُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إيجَابُ الْمِلْكِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْقَبُولُ أو الرَّدُّ يُعْتَبَرُ كَذَا الْإِيجَابُ لِأَنَّهُ جَوَابٌ وَالْجَوَابُ لَا يَكُونُ إلَّا بَعْدَ تَقَدُّمِ السُّؤَالِ
وَنَظِيرُهُ إذَا قال لِامْرَأَتِهِ إذَا جاء غَدٌ فَأَنْتِ طَالِقٌ على أَلْفِ دِرْهَمٍ أَنَّهُ إنَّمَا يُعْتَبَرُ الْقَبُولُ أو الرَّدُّ إذَا جاء غَدٌ كَذَا هذا فإذا كان التَّصَرُّفُ يَقَعُ إيجَابًا بَعْدَ الْمَوْتِ يُعْتَبَرُ الْقَبُولُ بَعْدَهُ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ فَالْوَصِيَّةُ اسْمٌ لِمَا أَوْجَبَهُ الْمُوصِي في مَالِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَبِهِ تَنْفَصِلُ عن الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْهِبَةِ لِأَنَّ شيئا من ذلك لَا يَحْتَمِلُ الْإِيجَابَ بَعْدَ الْمَوْتِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أَوْجَبَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ بَطَلَ
وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ عليه الرَّحْمَةُ في حَدِّ الْوَصِيَّةِ ما أَوْجَبَهُ الْمُوصِي في مَالِهِ تَطَوُّعًا بَعْدَ مَوْتِهِ أو في مَرَضِهِ الذي مَاتَ فيه فَقَوْلُهُ ما أَوْجَبَهُ الموصى في مَالِهِ تَطَوُّعًا بَعْدَ مَوْتِهِ لَا يَشْمَلُ جَمِيعَ أَفْرَادِ الْوَصَايَا فإنه لَا يَتَنَاوَلُ الْوَصِيَّةَ بِالْقُرَبِ الْوَاجِبَةِ التي تَسْقُطُ بِالْمَوْتِ من غَيْرِ وَصِيَّةٍ كَالْحَجِّ وَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ وَنَحْوِهَا فلم يَكُنْ الْحَدُّ جَامِعًا
وَقَوْلُهُ أو في مَرَضِهِ حَدٌّ مُقَسَّمٌ وَأَنَّهُ فَاسِدٌ
وَكَذَا تَبَرُّعُ الْإِنْسَانِ بِمَالِهِ في مَرَضِهِ الذي مَاتَ فيه من الْإِعْتَاقِ وَالْهِبَةِ وَالْمُحَابَاةِ وَالْكَفَالَةِ وَضَمَانِ الدَّرَكِ لَا يَكُونُ وَصِيَّةً حَقِيقَةً لِأَنَّ حُكْمَ هذه التَّصَرُّفَاتِ مُنَجَّزٌ نَافِذٌ في الْحَالِ قبل الْمَوْتِ وَحُكْمُ الْوَصِيَّةِ يَتَأَخَّرُ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ فلم تَكُنْ هذه التَّصَرُّفَاتُ من الْمَرِيضِ وَصِيَّةً حَقِيقَةً إلَّا أنها تُعْتَبَرُ بِالْوَصَايَا في حَقِّ اعْتِبَارِ الثُّلُثِ فإما أَنْ تَكُونَ وَصِيَّةً حَقِيقَةً فَلَا
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ أو رُبُعِهِ وقد ذَكَرَ قَدْرًا من مَالِهِ مُشَاعًا أو مُعَيَّنًا إن قَدْرَ ما يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى له من مَالٍ هو مَالُهُ الذي عِنْدَ الْمَوْتِ لَا ما كان عِنْدَ الْوَصِيَّةِ حتى لو أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ وَمَالُهُ يوم أَوْصَى ثَلَاثَةُ آلَافٍ وَيَوْمَ مَاتَ ثَلَثُمِائَةٍ لَا يَسْتَحِقُّ الْمُوصَى له إلَّا مِائَةً وَلَوْ لم يَكُنْ له مَالٌ يوم أَوْصَى ثُمَّ اكْتَسَبَ مَالًا ثُمَّ مَاتَ فَلَهُ ثُلُثُ الْمَالِ يوم مَاتَ وَلَوْ كان له مَالٌ يوم أَوْصَى فَمَاتَ وَلَيْسَ له مَالٌ بَطَلَتْ وَصِيَّتُهُ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إلَى وَقْتِ الْمَوْتِ فَيَسْتَحِقُّ الْمُوصَى له ما كان على مِلْكِ الْمُوصِي عِنْدَ مَوْتِهِ وَيَصِيرُ الْمُضَافُ إلَى الْوَقْتِ كَالْمُنَجَّزِ عِنْدَهُ كَأَنَّهُ قال عِنْدَ الْمَوْتِ لِفُلَانٍ ثُلُثُ مَالِي فَيُعْتَبَرُ ما يَمْلِكُهُ في ذلك الْوَقْتِ لَا ما قَبْلَهُ
وَذَكَرَ ابن سِمَاعَةَ في نَوَادِرِهِ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فقال إذَا أَوْصَى رَجُلٌ فقال لِفُلَانٍ شَاةٌ من غَنَمِي أو نَخْلَةٌ من نَخْلِي أو جَارِيَةٌ من جَوَارِيَّ ولم يَقُلْ من غَنَمِي هذه وَلَا من جَوَارِيَّ هَؤُلَاءِ وَلَا من نَخْلِي هذه فإن الْوَصِيَّةَ في هذا تَقَعُ يوم مَوْتِ الْمُوصِي وَلَا تَقَعُ يوم أَوْصَى حتى لو مَاتَتْ غَنَمُهُ تِلْكَ أو بَاعَهَا فَاشْتَرَى مَكَانَهَا أُخْرَى أو مَاتَتْ جَوَارِيهِ فَاشْتَرَى غَيْرَهُنَّ أو بَاعَ النَّخْلَ وَاشْتَرَى غَيْرَهَا فإن لِلْمُوصَى له نَخْلَةً من نَخْلِهِ يوم يَمُوتُ وَلَيْسَ

لِلْوَرَثَةِ أَنْ يُعْطُوهُ غير ذلك لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْوَصِيَّةَ عَقْدٌ مُضَافٌ إلَى الْمَوْتِ فكأنه قال في تِلْكَ الْحَالَةِ لِفُلَانٍ شَاةٌ من غَنَمِي فَيَسْتَحِقُّ شَاةً من الْمَوْجُودِ دُونَ ما قَبْلَهُ قال فَإِنْ وَلَدَتْ الْغَنَمُ قبل أَنْ يَمُوتَ الْمُوصِي أو وَلَدَتْ الْجَوَارِي قبل مَوْتِهِ فَلَحِقَتْ الْأَوْلَادُ الْأُمَّهَاتِ ثُمَّ مَاتَ الْمُوصِي فإن لِلْوَرَثَةِ أَنْ يُعْطُوهُ إنْ شاؤوا من الْأُمَّهَاتِ وَإِنْ شاؤوا من الْأَوْلَادِ لِأَنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُ الْكُلَّ عِنْدَ الْمَوْتِ فَكَانَ الْمُسْتَفَادُ بِالْوِلَادَةِ كَالْمُسْتَفَادِ بِالشِّرَاءِ

قال فَإِنْ اخْتَارَ الْوَرَثَةُ أَنْ يُعْطُوهُ شَاةً من غَنَمِهِ وَلَهَا وَلَدٌ قد وَلَدَتْهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي فإن وَلَدَهَا يَتْبَعُهَا وَكَذَلِكَ صُوفُهَا وَلَبَنُهَا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ وَإِنْ تَعَلَّقَتْ بِشَاةٍ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ لَكِنَّ التَّعْيِينَ من الْوَرَثَةِ يَكُونُ بَيَانًا أَنَّ الشَّاةَ الْمُعَيَّنَةَ هِيَ من الْمُوصَى بها كَأَنَّ الْوَصِيَّةَ وَقَعَتْ بِهَذِهِ الْمُعَيَّنَةِ ابْتِدَاءً فما حَدَثَ من نماتها ( ( ( نمائها ) ) ) بَعْدَ الْمَوْتِ يَكُونُ لِلْمُوصَى له

قال فَأَمَّا ما وَلَدَتْ قبل مَوْتِ الموصى فَلَا يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى له لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ اعْتِبَارُهَا عِنْدَ الْمَوْتِ فَالْحَادِثُ قبل الْمَوْتِ يَحْدُثُ على مِلْكِ الْوَرَثَةِ

وَكَذَلِكَ الصُّوفُ المنفصل واللبن الْمُنْفَصِلُ وَاللَّبَنُ الْمُنْفَصِلُ قبل الْمَوْتِ لِمَا قُلْنَا فَأَمَّا إنْ كان مُتَّصِلًا بها فَهُوَ لِلْمُوصَى له وَإِنْ حَدَثَ قبل الْمَوْتِ لِأَنَّهُ لَا يَنْفَرِدُ عنها بِالتَّمْلِيكِ

قال وَلَوْ اسْتَهْلَكَتْ الْوَرَثَةُ لَبَنَ الشَّاةِ أو صُوفَهَا وقد حَدَثَ بَعْدَ الْمَوْتِ فَعَلَيْهِمْ ضَمَانُهُ لِأَنَّ الْمُوصَى له مَلَكَهُ بِمِلْكِ الْأَصْلِ فَيَكُونُ مَضْمُونًا بِالْإِتْلَافِ

قال وَلَوْ قال أَوْصَيْتُ له بِشَاةٍ من غَنَمِي هذه أو بِجَارِيَةٍ من جَوَارِيَّ هَؤُلَاءِ أو قال قد أَوْصَيْتُ له بِإِحْدَى جَارِيَتَيَّ هَاتَيْنِ فَهَذَا على هذه الْغَنَمِ وَهَؤُلَاءِ الْجَوَارِي لِأَنَّهُ عَيَّنَ الْمُوصَى بِهِ وهو الشَّاةُ من الْغَنَمِ الْمُشَارُ إلَيْهَا حتى لو مَاتَتْ الْغَنَمُ أو بَاعَهَا بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ كما لو قال أَوْصَيْتُ بِهَذِهِ الشَّاةِ أو بِهَذِهِ الْجَارِيَةِ فَهَلَكَتْ

وَلَوْ وَلَدَتْ الْغَنَمُ أو الْجَوَارِي في حَالِ

---



---

حَيَاةِ الموصى ثُمَّ أَرَادَ الْوَرَثَةُ أَنْ يُعْطُوهُ من الْأَوْلَادِ ليس لهم ذلك لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَعَلَّقَتْ بِعَيْنٍ مُشَارٍ إلَيْهَا وَإِنْ لم يَثْبُتْ الْمِلْكُ فيها يَنْزِلُ في غَيْرِهَا فَإِنْ دَفَعَ الْوَرَثَةُ إلَيْهِ جَارِيَةً من الْجَوَارِي لم يَسْتَحِقَّ ما وَلَدَتْ قبل الْمَوْتِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لم تَكُنْ وَجَبَتْ فيها لِأَنَّ الْمِلْكَ في الْوَصِيَّةِ إنَّمَا ينتقل ( ( ( ينقل ) ) ) بِالْمَوْتِ فما حَدَثَ قبل الْمَوْتِ يَحْدُثُ على مِلْكِ الْمَيِّتِ فَيَكُونُ لِلْوَرَثَةِ وما وَلَدَتْ بَعْدَ الْمَوْتِ فَهُوَ لِلْمُوصَى له لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِالْمَوْتِ فَحَدَثَ الْوَلَدُ على مِلْكِهِ

قال فَإِنْ مَاتَتْ الْأُمَّهَاتُ كُلُّهَا إلَّا وَاحِدَةً تَعَيَّنَتْ الْوَصِيَّةُ فيها لِأَنَّهُ لم يَبْقَ من يُزَاحِمُهَا في تَعَلُّقِ الْوَصِيَّةِ فَتَعَيَّنَتْ ضَرُورَةُ انْتِفَاءِ الْمُزَاحِمِ فَإِنْ مَاتَتْ الْأُمَّهَاتُ كُلُّهَا وقد بَقِيَ لها أَوْلَادٌ حَدَثَتْ بَعْدَ الْمَوْتِ أو أُحْرِقَ النَّخْلُ وَبَقِيَ لها ثَمَرٌ حَدَثَ بَعْدَ الْمَوْتِ فَعَلَى الْوَرَثَةِ أَنْ يَدْفَعُوا إلَيْهِ وَلَدَ جَارِيَةٍ وَثَمَرَةَ نَخْلَةٍ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ كانت مُتَعَلِّقَةً بها فَيَظْهَرُ الِاسْتِحْقَاقُ في الْوَلَدِ الْحَادِثِ بَعْدَهُ فإذا هَلَكَتْ الْأُمُّ بَقِيَ الْحَقُّ في الْوَلَدِ على حَالِهِ وَلَا يَظْهَرُ فِيمَا حَدَثَ قبل الْمَوْتِ

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الرُّكْنِ فَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الرُّكْنِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى

الْمُوصِي وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمُوصَى له وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمُوصَى بِهِ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الرُّكْنِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْقَبُولُ مُوَافِقًا لِلْإِيجَابِ فَإِنْ خَالَفَ الْإِيجَابَ لم يَصِحَّ الْقَبُولُ لِأَنَّهُ إذَا خَالَفَهُ لم يَرْتَبِطْ فَبَقِيَ الْإِيجَابُ بِلَا قَبُولٍ فَلَا يَتِمُّ الرُّكْنُ
وَبَيَانُ ذلك إذَا قال لِرَجُلَيْنِ أَوْصَيْتُ بِهَذِهِ الْجَارِيَةِ لَكُمَا فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَرَدَّ الْآخَرُ لم يَصِحَّ الْقَبُولُ لِأَنَّهُ أَوْصَى لَهُمَا جميعا فَكَانَ وَصِيَّةً لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنِصْفِ الْجَارِيَةِ وَكَانَتْ الْجَارِيَةُ بَيْنَهُمَا لو قَبِلَا فإذا رَدَّ أَحَدُهُمَا لم يُوجَدْ الشَّرْطُ وهو قَبُولُهُمَا جميعا فَبَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ
وَلَوْ أَوْصَى بها لِإِنْسَانٍ ثُمَّ أَوْصَى بها لِآخَرَ فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا الْوَصِيَّةَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَرَدَّ الْآخَرُ فَالنِّصْفُ لِلْمُوصَى له وَالنِّصْفُ لِوَرَثَةِ الْمُوصِي لِأَنَّهُ أَوْصَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على حِيَالِهِ فَلَا يُشْتَرَطُ اجْتِمَاعُهُمَا في الْقَبُولِ فإذا رَدَّ أَحَدُهُمَا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي لم يَتِمَّ الرُّكْنُ في حَقِّهِ بَلْ بَطَلَ الْإِيجَابُ في حَقِّهِ فَعَادَ نَصِيبُهُ إلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي فَصَحَّ الْقَبُولُ من الْآخَرِ فَاسْتَحَقَّ نِصْفَ الْوَصِيَّةِ كَالشَّفِيعَيْنِ إذَا سَلَّمَ أَحَدُهُمَا الشُّفْعَةَ بَعْدَ قَضَاءِ الْقَاضِي بِالشُّفْعَةِ أَنَّ ذلك النِّصْفَ يَكُونُ لِلْمُشْتَرِي وَلَا يَكُونُ لِلشَّفِيعِ الْآخَرِ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُوصِي فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ من أَهْلِ التَّبَرُّعِ في الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ وما يَتَعَلَّقُ بِهِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِذَلِكَ تَبَرُّعٌ بِإِيجَابِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ فَلَا بُدَّ من أَهْلِيَّةِ التَّبَرُّعِ فَلَا تَصِحُّ من الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا من أَهْلِ التَّبَرُّعِ لِكَوْنِهِ من التَّصَرُّفَاتِ الضَّارَّةِ الْمَحْضَةِ إذْ لَا يُقَابِلُهُ عرض ( ( ( عوض ) ) ) دُنْيَوِيٌّ
وَهَذَا عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في أَحَدِ قَوْلَيْهِ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ في الْقُرَبِ صَحِيحَةٌ
وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَجَازَ وَصِيَّةَ غُلَامٍ يَافِعٍ وهو الذي قَرُبَ إدْرَاكُهُ وَلِأَنَّ في وَصِيَّتِهِ نَظَرًا له لِأَنَّهُ يُثَابُ عليه وَلَوْ لم يوصي ( ( ( يوص ) ) ) لَزَالَ مِلْكُهُ إلَى الْوَارِثِ من غَيْرِ ثَوَابٍ
لِأَنَّهُ يَزُولُ عنه جَبْرًا شَاءَ أو أَبَى فَكَانَ هذا تَصَرُّفًا نَافِعًا في حَقِّهِ فَأَشْبَهَ صَلَاةَ التَّطَوُّعِ وَصَوْمَ التَّطَوُّعِ
وَالْجَوَابُ أما إجَازَةُ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه فَيَحْتَمِلُ أَنَّ وَصِيَّةَ ذلك الصَّبِيِّ كانت لِتَجْهِيزِهِ وَتَكْفِينِهِ وَدَفْنِهِ وَوَصِيَّةُ الصَّبِيِّ في مِثْلِهِ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ يَثْبُتُ من غَيْرِ وَصِيَّةٍ
وَأَمَّا قَوْلُهُ يَحْصُلُ له عِوَضٌ وهو الثَّوَابُ فَمُسَلَّمٌ لَكِنَّهُ ليس بِعِوَضٍ دُنْيَوِيٍّ فَلَا يَمْلِكُهُ الصَّبِيُّ كَالصَّدَقَةِ مع ما أَنَّ هذا في حَدِّ التَّعَارُضِ لِأَنَّهُ كما يُثَابُ على الْوَصِيَّةِ يُثَابُ على التَّرْكِ لِلْوَارِثِ بَلْ هو أَوْلَى في بَعْضِ الْأَمْوَالِ لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ وَسَوَاءٌ مَاتَ قبل الْإِدْرَاكِ وبعده لِأَنَّهَا وَقَعَتْ بَاطِلَةً فَلَا تَنْقَلِبُ إلَى الْجَوَازِ بِالْإِدْرَاكِ إلَّا بِالِاسْتِئْنَافِ وَسَوَاءٌ كان الصَّبِيُّ مَأْذُونًا في التِّجَارَةِ أو مَحْجُورًا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَيْسَتْ من بَابِ التِّجَارَةِ إذْ التِّجَارَةُ مُعَاوَضَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ
وَلَوْ أَضَافَ الْوَصِيَّةَ إلَى ما بَعْدَ الْإِدْرَاكِ بِأَنْ قال إذَا أَدْرَكْتُ ثُمَّ مِتُّ فَثُلُثُ مَالِي لِفُلَانٍ لم يَصِحَّ لِأَنَّ عِبَارَتَهُ لم تَقَعْ صَحِيحَةً فَلَا تُعْتَبَرُ في إيجَابِ الْحُكْمِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ وَالْمُكَاتَبِ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا من أَهْلِ التَّبَرُّعِ
وَلَوْ أَوْصَيَا ثُمَّ أُعْتِقَا وَمَلَكَا مَالًا ثُمَّ مَاتَا لم تَجُزْ لِوُقُوعِهَا بَاطِلَةً من الِابْتِدَاءِ
وَلَوْ أَضَافَ أَحَدُهُمَا الْوَصِيَّةَ إلَى ما بَعْدَ الْعِتْقِ بِأَنْ قال إذَا أُعْتِقْتُ ثُمَّ مِتَّ فَثُلُثُ مَالِي لِفُلَانٍ صَحَّ فَرْقًا بين الْعَبْدِ وَالصَّبِيِّ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ عِبَارَةَ الصَّبِيِّ فِيمَا يَتَضَرَّرُ بِهِ مُلْحَقَةٌ بِالْعَدَمِ لِنُقْصَانِ عَقْلِهِ

فلم تَصِحَّ عِبَارَتُهُ من الْأَصْلِ بَلْ بَطَلَتْ وَالْبَاطِلُ لَا حُكْمَ له بَلْ هو ذَاهِبٌ متلاشي ( ( ( متلاش ) ) ) في حَقِّ الْحُكْمِ
فَأَمَّا عِبَارَةُ الْعَبْدِ فَصَحِيحَةٌ لِصُدُورِهَا عن عَقْلٍ مُمَيِّزٍ إلَّا أَنَّ امْتِنَاعَ تَبَرُّعِهِ لَحِقَ الْمَوْلَى فإذا

---

(7/334)

---

عَتَقَ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا رِضَا الموصى لِأَنَّهَا إيجَابُ مِلْكٍ أو ما يَتَعَلَّقُ بِالْمِلْكِ فَلَا بُدَّ فيه من الرِّضَا كَإِيجَابِ الْمِلْكِ بِسَائِرِ الْأَشْيَاءِ فَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْهَازِلِ وَالْمُكْرَهِ والخاطىء ( ( ( والخاطئ ) ) ) لِأَنَّ هذه الْعَوَارِضَ تُفَوِّتُ الرِّضَا
وَأَمَّا إسْلَامُ الْمُوصِي فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ وَصِيَّتِهِ فَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الذمي ( ( ( الذي ) ) ) بِالْمَالِ لِلْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ في الْجُمْلَةِ لِأَنَّ الْكُفْرَ لَا يُنَافِي أَهْلِيَّةَ التَّمْلِيكِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُ الْكَافِرِ وَهِبَتُهُ فَكَذَا وَصِيَّتُهُ وَكَذَا الْحَرْبِيُّ الْمُسْتَأْمَنُ إذَا أَوْصَى لِلْمُسْلِمِ أو الذِّمِّيِّ يَصِحُّ في الْجُمْلَةِ لِمَا ذَكَرْنَا غير أَنَّهُ إنْ كان دخل وَارِثُهُ معه في دَارِ الْإِسْلَامِ وَأَوْصَى بِأَكْثَرَ من الثُّلُثِ وَقَفَ ما زَادَ على الثُّلُثِ على إجَازَةِ وَارِثِهِ لِأَنَّهُ بِالدُّخُولِ مُسْتَأْمَنًا الْتَزَمَ أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ أو أَلْزَمَهُ من غَيْرِ الْتِزَامِهِ لِإِمْكَانِ إجْرَاءِ الأحكام عليه ما دَامَ في دَارِ الْإِسْلَامِ
وَمِنْ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِمَا زَادَ على الثُّلُثِ مِمَّنْ له وَارِثٌ تَقِفُ على إجَازَةِ وَارِثِهِ وَإِنْ لم يَكُنْ له وَارِثٌ أَصْلًا تَصِحُّ من جَمِيعِ الْمَالِ كما في الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ
وَكَذَلِكَ إذَا كان له وَارِثٌ لَكِنَّهُ في دَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الزِّيَادَةِ على الثُّلُثِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ وَحَقُّهُمْ غَيْرُ مَعْصُومٍ لِأَنَّهُ لَا عِصْمَةَ لِأَنْفُسِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ فَلَأَنْ لَا يَكُونَ لِحَقِّهِمْ الذي في مَالِ مُورِثِهِمْ عِصْمَةٌ أَوْلَى
وَذَكَرَ في الْأَصْلِ
وَلَوْ أَوْصَى الْحَرْبِيُّ في دَارِ الْحَرْبِ بِوَصِيَّةٍ ثُمَّ أَسْلَمَ أَهْلُ الدَّارِ أو صَارُوا ذِمَّةً ثُمَّ اخْتَصَمَا إلَيَّ في تِلْكَ الْوَصِيَّةِ فَإِنْ كانت قَائِمَةً بِعَيْنِهَا أَجَزْتُهَا وَإِنْ كانت قد اُسْتُهْلِكَتْ قبل الْإِسْلَامِ أَبْطَلْتُهَا لِأَنَّ الْحَرْبِيَّ من أَهْلِ التَّمْلِيكِ
أَلَا يَرَى أَنَّهُ من أَهْلِ سَائِرِ التَّمْلِيكَاتِ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ فَكَانَتْ وَصِيَّتُهُ جَائِزَةً في نَفْسِهَا إلَّا أَنَّهُ ليس لنا وِلَايَةُ اجراء أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ وَتَنْفِيذِهَا في دَارِهِمْ فإذا أَسْلَمُوا أو صَارُوا ذِمَّةً قَدَرْنَا على التَّنْفِيذِ فنفذها ( ( ( فننفذها ) ) ) ما دَامَ الْمُوصَى بِهِ قَائِمًا فَأَمَّا إذَا صَارَ مُسْتَهْلَكًا أَبْطَلْنَا الْوَصِيَّةَ وَأَلْحَقْنَاهَا بِالْعَدَمِ لِأَنَّ أَهْلَ الْحَرْبِ إذَا أَسْلَمُوا أو صَارُوا ذِمَّةً لَا يُؤَاخَذُونَ بِمَا اسْتَهْلَكَ بَعْضُهُمْ على بَعْضٍ وَبِمَا اغْتَصَبَ بَعْضُهُمْ من بَعْضٍ بَلْ يَبْطُلُ ذلك
كَذَا هذا
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ على الْمُوصِي دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لِتَرِكَتِهِ فَإِنْ كان لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَدَّمَ الدَّيْنَ على الْوَصِيَّةِ وَالْمِيرَاثِ لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى في آيَةِ الْمَوَارِيثِ { من بَعْدِ وَصِيَّةٍ يوصي بها أو دَيْنٍ } ويوصي بها أو دَيْنٍ وتوصون ( ( ( و ) ) ) بها ( ( ( يوصين ) ) ) أودين ويوصين بها أو دَيْنٍ

وَلِمَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال إنَّكُمْ تقرؤون ( ( ( تقرءون ) ) ) الْوَصِيَّةَ قبل الدَّيْنِ وقد شَهِدْتُ رَسُولَ اللَّهِ بَدَأَ بِالدَّيْنِ قبل الْوَصِيَّةِ أَشَارَ سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه إلَى أَنَّ التَّرْتِيبَ في الذِّكْرِ لَا يُوجِبُ التَّرْتِيبَ في الْحُكْمِ

وَرُوِيَ أَنَّهُ قِيلَ لِابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما إنَّكَ تَأْمُرُ بِالْعُمْرَةِ قبل الْحَجِّ وقد بَدَأَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى بِالْحَجِّ فقال تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ } فقال رضي اللَّهُ عنه كَيْفَ تقرؤون ( ( ( تقرءون ) ) ) آيَةَ الدَّيْنِ فَقَالُوا ( من بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بها أو دَيْنٍ ) فقال وَبِمَاذَا تبدؤون ( ( ( تبدءون ) ) ) قالوا بِالدَّيْنِ

قال رضي اللَّهُ عنه هو ذَاكَ

وَلِأَنَّ الدَّيْنَ وَاجِبٌ وَالْوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ وَالْوَاجِبُ مُقَدَّمٌ على التَّبَرُّعِ وَمَعْنَى تَقَدُّمِ الدَّيْنِ على الْوَصِيَّةِ وَالْمِيرَاثِ أَنَّهُ يُقْضَى الدَّيْنُ أَوَّلًا فَإِنْ فَضَلَ منه شَيْءٌ يُصْرَفُ إلَى الْوَصِيَّةِ وَالْمِيرَاثِ وَإِلَّا فَلَا

وَأَمَّا مَعْنَى تَقَدُّمِ الْوَصِيَّةِ على الْمِيرَاثِ فَلَيْسَ مَعْنَاهُ أَنْ يُخْرِجَ الثُّلُثَ وَيُعْزَلُ عن التَّرِكَةِ

وَيَبْدَأُ بِدَفْعِهِ إلَى الْمُوصَى له ثُمَّ يُدْفَعُ الثُّلُثَانِ إلَى الْوَرَثَةِ لِأَنَّ التَّرِكَةَ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ تَكُونُ بين الْوَرَثَةِ وَبَيْنَ الْمُوصَى له على الشَّرِكَةِ وَالْمُوصَى له شَرِيكُ الْوَرَثَةِ في الِاسْتِحْقَاقِ كَأَنَّهُ وَاحِدٌ من الْوَرَثَةِ لَا يَسْتَحِقُّ الْمُوصَى له من الثُّلُثِ شيئا قَلَّ أو كَثُرَ إلَّا وَيَسْتَحِقُّ منه الْوَرَثَةُ ثُلُثَيْهِ وَيَكُونُ فَرْضُهُمَا مَعًا لَا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا على الْآخَرِ حتى لو هَلَكَ شَيْءٌ من التَّرِكَةِ قبل الْقِسْمَةِ يُهْلَكُ على الْمُوصَى له وَالْوَرَثَةِ جميعا وَلَا يُعْطَى الْمُوصَى له كُلَّ الثُّلُثِ من الْبَاقِي بَلْ الْهَالِكُ يَهْلِكُ على الْحَقَّيْنِ وَالْبَاقِي يَبْقَى على الْحَقَّيْنِ كما إذَا هَلَكَ شَيْءٌ من الْمَوَارِيثِ بَعْدَ الْوَصَايَا بِخِلَافِ الدَّيْنِ فإنه إذَا هَلَكَ بَعْضُ التَّرِكَةِ وَبَقِيَ الْبَعْضُ يُسْتَوْفَى كُلُّ الدَّيْنِ من الْبَاقِي وَإِنَّمَا مَعْنَاهُ أَنَّهُ يُحْسَبُ قَدْرُ الْوَصِيَّةِ من جُمْلَةِ التَّرِكَةِ أَوَّلًا لِتَظْهَرَ سِهَامُ الْوَرَثَةِ كما تُحْسَبُ سِهَامُ أَصْحَابِ الْفَرَائِضِ أَوَّلًا لِيَظْهَرَ الْفَاضِلُ لِلْعَصَبَةِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { يُوصِيكُمْ اللَّهُ في أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ } إلَى قَوْلِه تَعَالَى { من بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بها } أَيْ سِوَى ما لَكُمْ أَنْ تُوصُوهُ من الثُّلُثِ

أَوْصَاكُمْ اللَّهُ بِكَذَا وَتَكُونُ بَعْدُ بِمَعْنَى سِوَى وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُوصَى له فَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا فَإِنْ لم يَكُنْ مَوْجُودًا لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْمَعْدُومِ لَا تَصِحُّ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا قال أَوْصَيْتُ بِثُلُثِ مَالِي لِمَا في بَطْنِ فُلَانَةَ أنها إنْ وَلَدَتْ لِمَا يُعْلَمُ أَنَّهُ كان مَوْجُودًا في الْبَطْنِ صَحَتْ الْوَصِيَّةُ وَإِلَّا فَلَا

---



---

وَإِنَّمَا يُعْلَمُ ذلك إذَا وَلَدَتْ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ ثُمَّ يُعْتَبَرُ ذلك من وَقْتِ مَوْتِ الْمُوصِي في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَعِنْدَ الطَّحَاوِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ من وَقْتِ وُجُودِ الْوَصِيَّةِ

وَجْهُ ما ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ سَبَبَ الِاسْتِحْقَاقِ هو الْوَصِيَّةُ فَيُعْتَبَرُ وُجُودُهُ

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ وَقْتَ نُفُوذِ الْوَصِيَّةِ وَاعْتِبَارِهَا في حَقِّ الْحُكْمِ وَقْتُ الْمَوْتِ فَيُعْتَبَرُ وُجُودُهُ من ذلك الْوَقْتِ لِأَنَّهَا إذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ من وَقْتِ الْمَوْتِ أو من وَقْتِ الْوَصِيَّةِ على اخْتِلَافِ الرِّوَايَتَيْنِ تَيَقَّنَّا أَنَّهُ كان مَوْجُودًا إذْ الْمَرْأَةُ لَا تَلِدُ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ

وإذا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا لَا يُعْلَمُ وُجُودُهُ في الْبَطْنِ لِاحْتِمَالِ أنها عَلِقَتْ بَعْدَهُ فَلَا يُعْلَمُ وُجُودُهُ بِالشَّكِّ إلَّا إذَا كانت الْمَرْأَةُ مُعْتَدَّةً من زَوْجِهَا من طَلَاقٍ أو وَفَاةٍ فَوَلَدَتْ إلَى سَنَتَيْنِ مُنْذُ طَلَّقَهَا أو مَاتَ عنها زَوْجُهَا فَلَهُ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّ نَسَبَ الْوَلَدِ يَثْبُتُ من زَوْجِهَا إلَى سَنَتَيْنِ

وَمِنْ ضَرُورَةِ ثَبَاتِ النَّسَبِ الْحُكْمُ بِوُجُودِهِ في الْبَطْنِ وَقْتَ مَوْتِ الْمُوصِي فُرِّقَ بين الْوَصِيَّةِ لِمَا في الْبَطْنِ وَبَيْنَ الْهِبَةِ لِمَا في الْبَطْنِ أَنَّ الْهِبَةَ لَا تَصِحُّ وَالْوَصِيَّةُ صَحِيحَةٌ لِأَنَّ الْهِبَةَ لَا صِحَّةَ لها بِدُونِ الْقَبْضِ ولم يُوجَدْ وَالْوَصِيَّةُ لَا تَقِفُ صِحَّتُهَا على الْقَبْضِ

وَلَوْ قال إنْ كان في بَطْنِ فُلَانَةَ جَارِيَةٌ فَلَهَا وَصِيَّةُ أَلْفٍ وَإِنْ كان في بَطْنِهَا غُلَامٌ فَلَهُ وَصِيَّةُ أَلْفَانِ فَوَلَدَتْ جَارِيَةً لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ إلَّا يَوْمًا وَوَلَدَتْ غُلَامًا بَعْدَ ذلك بِيَوْمَيْنِ فَلَهُمَا جَمِيعُ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُمَا أُوصى لَهُمَا جميعا لَكِنْ لِأَحَدِهِمَا بِأَلْفٍ وَلِلْآخَرِ بِأَلْفَيْنِ وقد عُلِمَ كَوْنُهُمَا في الْبَطْنِ

أَمَّا الْجَارِيَةُ فَلَا شَكَّ فيها لِأَنَّهَا وُلِدَتْ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ من وَقْتِ موت الْمُوصِي فَعُلِمَ أنها كانت مَوْجُودَةً في الْبَطْنِ في ذلك الْوَقْتِ

وَكَذَا الْغُلَامُ لِأَنَّهُ لَمَّا وُلِدَ لِأَكْثَرَ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ بِيَوْمٍ أو يَوْمَيْنِ عُلِمَ أَنَّهُ كان في الْبَطْنِ مع الْجَارِيَةِ لِأَنَّهُ تَوْأَمٌ فَكَانَ من ضَرُورَةِ كَوْنِ أَحَدِهِمَا في الْبَطْنِ كَوْنُ الْآخَرِ كَذَلِكَ لِأَنَّهُمَا عَلِقَا من مَاءٍ وَاحِدٍ فَإِنْ وَلَدَتْ غُلَامَيْنِ وَجَارِيَتَيْنِ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَذَلِكَ إلَى الْوَرَثَةِ يُعْطُونَ أَيَّ الْغُلَامَيْنِ شاؤوا وَأَيَّ الْجَارِيَتَيْنِ شاؤوا إلَّا أَنَّهُ ما أَوْصَى لَهُمَا جميعا وَإِنَّمَا أَوْصَى لِأَحَدِهِمَا وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى من الْآخَرِ فَكَانَ الْبَيَانُ إلَى الْوَرَثَةِ لِأَنَّهُمْ قَائِمُونَ مَقَامَ الْمُوَرِّثِ

وَقِيلَ إنَّ هذا الْجَوَابَ على مَذْهَبِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى

فَأَمَّا على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ بِنَاءً على مَسْأَلَةٍ أُخْرَى وهو ما إذَا أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِفُلَانٍ وَفُلَانٌ أو أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِأَحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ الْوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ

وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أنها صَحِيحَةٌ غير أَنَّ عِنْدَ أبي يُوسُفَ الْوَصِيَّةُ لَهُمَا جميعا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لِأَحَدِهِمَا وَخِيَارُ التَّعْيِينِ إلَى الْوَرَثَةِ يُعْطُونَ أَيَّهمَا شاؤوا فَقَاسُوا هذه الْمَسْأَلَةَ على تِلْكَ لِأَنَّ الْمَعْنَى يَجْمَعُهُمَا وهو جَهَالَةُ الْمُوصَى له

وَمِنْهُمْ من قال هَهُنَا يَجُوزُ في قَوْلِهِمْ جميعا وَفَرَّقَ بين الْمَسْأَلَتَيْنِ من حَيْثُ إن الْجَهَالَةَ هُنَاكَ مُقَارِنَةٌ لِلْعَقْدِ وَهَهُنَا طَارِئَةٌ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ هُنَاكَ حَالَ وُجُودِهَا أُضِيفَتْ إلَى ما في الْبَطْنِ لَا إلَى أَحَدِ الْغُلَامَيْنِ وَإِحْدَى الْجَارِيَتَيْنِ ثُمَّ طَرَأَتْ بَعْدَ ذلك بِالْوِلَادَةِ وَالْبَقَاءُ أَسْهَلُ من الِابْتِدَاءِ كَالْعِدَّةِ إذَا قَارَنَتْ النِّكَاحَ مَنَعَتْهُ من الإنعقاد فإذا طَرَأَتْ عليه لَا تَرْفَعُهُ

كَذَا هَهُنَا

وَلَوْ قال إنْ كان الذي في بَطْنِ فُلَانَةَ غُلَامًا فَلَهُ أَلْفَانِ وَإِنْ كان جَارِيَةً فَلَهَا أَلْفٌ فَوَلَدَتْ غُلَامًا وَجَارِيَةً فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا شَيْءٌ من الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ جَعَلَ شَرْطَ اسْتِحْقَاقِ الْوَصِيَّةِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَكُونَ هو كُلَّ ما في الْبَطْنِ بِقَوْلِهِ إنْ كان الذي في بَطْنِهَا كَذَا فَلَهُ كَذَا وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ليس هو كُلَّ ما في الْبَطْنِ بَلْ بَعْضُ ما فيه فلم يُوجَدْ شَرْطُ صِحَّةِ اسْتِحْقَاقِ الْوَصِيَّة في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا يَسْتَحِقُّ أَحَدُهُمَا شيئا بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّ قَوْلَهُ إنْ كان في

بَطْنِ فُلَانَةَ جَارِيَةٌ فَلَهَا كَذَا وَإِنْ كان في بَطْنِهَا غُلَامٌ فَلَهُ كَذَا ليس فيه شَرْطٌ أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ كُلَّ ما في الْبَطْنِ بَلْ الشَّرْطُ فيه أَنْ يَكُونَ في بَطْنِهَا غُلَامٌ وَأَنْ يَكُونَ في بَطْنِهَا جَارِيَةٌ وقد كان في بَطْنِهَا غُلَامٌ وَجَارِيَةٌ فَوُجِدَ شَرْطُ الِاسْتِحْقَاقِ

وَكَذَلِكَ لو أَوْصَى بِمَا في بَطْنِ دَابَّةِ فُلَانٍ أَنْ يُنْفَقَ عليه أَنَّ الْوَصِيَّةَ جَائِزَةٌ إذَا قَبِلَ صَاحِبُهَا وَتُعْتَبَرُ فيه الْمُدَّةُ على ما ذَكَرْنَا

هذا هو حُكْمُ الْوَصِيَّةِ لِمَا في الْبَطْنِ فَأَمَّا حُكْمُ الْإِقْرَارِ بِمَالٍ لِمَا في بَطْنِ فُلَانَةَ فَهَذَا في الْأَصْلِ على وَجْهَيْنِ إما إنْ بَيَّنَ السَّبَبَ

وإما إنْ لم يُبَيِّنْ بَلْ أَطْلَقَ فَإِنْ بَيَّنَ السَّبَبَ فَإِمَّا إنْ بَيَّنَ سَبَبًا هو جَائِزُ الْوُجُودِ وَإِمَّا إنْ بَيَّنَ سَبَبًا هو مُسْتَحِيلُ الْوُجُودِ عَادَةً فَإِنْ بَيَّنَ سَبَبًا هو جَائِزُ الْوُجُودِ عَادَةً بِأَنْ قال لِمَا في بَطْنِ فُلَانَةَ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ لِأَنِّي اسْتَهْلَكْتُ مَالَهُ أو غَصَبْتُ أو سَرَقْتُ جَازَ إقْرَارُهُ في قَوْلِهِمْ جميعا

وَإِنْ بَيَّنَ سَبَبًا هو مُسْتَحِيلُ الْوُجُودِ عَادَةً بِأَنْ قال لِمَا في بَطْنِ فُلَانَةَ

---



---

عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ لِأَنِّي اسْتَقْرَضْتُ منه لَا يَجُوزُ في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّهُ أَسْنَدَ إقْرَارَهُ إلَى سَبَبٍ هو مُحَالٌ عَادَةً وَإِنْ لم يُبَيِّنْ لِلْإِقْرَارِ سَبَبًا بَلْ سَكَتَ عنه بِأَنْ قال لِمَا في بَطْنِ فُلَانَةَ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ ولم يَزِدْ عليه فَهَذَا الْإِقْرَارُ بَاطِلٌ في قَوْلِهِمَا

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ صَحِيحٌ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ تَصَرُّفَ الْعَاقِلِ يُحْمَلُ على الصِّحَّةِ ما أَمْكَنَ وَأَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بِالْحَمْلِ على سَبَبٍ مُتَصَوَّرِ الْوُجُودِ فَيُحْمَلُ عليه تَصْحِيحًا له

وَلَهُمَا أَنَّ الْإِقْرَارَ الْمُطْلَقَ بِالدَّيْنِ يُرَادُ بِهِ الْإِقْرَارُ بِسَبَبِ الْمُدَايَنَةِ لِأَنَّهُ هو السَّبَبُ الْمَوْضُوعُ لِثُبُوتِ الدَّيْنِ وأنه في الدَّيْنِ هَهُنَا مُحَالٌ عَادَةً وَالْمُسْتَحِيلُ عَادَةً كَالْمُسْتَحِيلِ حَقِيقَةً

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ حَيًّا وَقْتَ مَوْتِ الْمُوصِي حتى لو قال أَوْصَيْتُ بِثُلُثِ مَالِي لِمَا في بَطْنِ فُلَانَةَ فَوَلَدَتْ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ من وَقْتِ مَوْتِ الْمُوصِي وَلَدًا مَيِّتًا لَا وَصِيَّةَ له لِأَنَّ الْمَيِّتَ ليس من أَهْلِ اسْتِحْقَاقِ الْوَصِيَّةِ كما ليس من أَهْلِ اسْتِحْقَاقِ الْمِيرَاثِ بِأَنْ وُلِدَ مَيِّتًا وأنها أُخْتُ الْمِيرَاثِ

وَلَوْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ حَيًّا وَمَيِّتًا فَجَمِيعُ الْوَصِيَّةِ لِلْحَيِّ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَا يَصْلُحُ مَحِلًّا لِوَضْعِ الْوَصِيَّةِ فيه وَلِهَذَا لو أَوْصَى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ كان كُلُّ الْوَصِيَّةِ لِلْحَيِّ كما لو أَوْصَى لِآدَمِيٍّ وَحَائِطٍ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ وَارِثُ الْمُوصِي وَقْتَ مَوْتِ الْمُوصِي فَإِنْ كان لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِمَا رُوِيَ عن أبي قِلَابَةَ رضي اللَّهُ عنه عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ وفي هذا حِكَايَةٌ وَهِيَ ما حُكِيَ أَنَّ سُلَيْمَانَ بن الْأَعْمَشِ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى كان مَرِيضًا فَعَادَهُ أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه فَوَجَدَهُ يُوصِي لِابنيهِ فقال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أن هذا لَا يَجُوزُ فقال وَلِمَ يا أَبَا حَنِيفَةَ فقال لِأَنَّكَ رَوَيْتَ لنا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ قال لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ فقال سُلَيْمَانُ رَحِمَهُ اللَّهُ يا مَعْشَرَ الْفُقَهَاءِ أَنْتُمْ الْأَطِبَّاءُ وَنَحْنُ الصَّيَادِلَةُ فَقَدْ نَفَى الشَّارِعُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنْ يَكُونَ لِوَارِثٍ وَصِيَّةٌ نَصًّا

وَأَشَارَ إلَى تَحَوُّلِ الْحَقِّ مِن الْوَصِيَّةِ إلَى الْمِيرَاثِ على ما بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ وَلِأَنَّا لو جَوَّزْنَا الْوَصِيَّةَ لِلْوَرَثَةِ لَكَانَ لِلْمُوصِي أَنْ يُؤْثِرَ بَعْضَ الْوَرَثَةِ وَفِيهِ إيذَاءُ الْبَعْضِ وَإِيحَاشُهُمْ فَيُؤَدِّي إلَى قَطْعِ الرَّحِمِ وأنه حَرَامٌ وما أَفْضَى إلَى الْحَرَامِ فَهُوَ حَرَامٌ دَفْعًا لِلتَّنَاقُضِ

ثُمَّ الشَّرْطُ أَنْ لَا يَكُونَ وَارِثُ الْمُوصِي وَقْتَ مَوْتِ الْمُوصِي لَا وَقْتَ الْوَصِيَّةِ حتى لو أَوْصَى لِأَخِيهِ وَلَهُ ابْنٌ وَقْتَ الْوَصِيَّةِ ثُمَّ مَاتَ قبل مَوْتِ الْمُوصِي ثُمَّ مَاتَ الْمُوصِي لم تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّ الْمُوصَى له وهو الْأَخُ صَارَ وَارِثَ الْمُوصِي عِنْدَ مَوْتِهِ وَلَوْ أَوْصَى لِأَخِيهِ وَلَا ابْنَ له وَقْتَ الْوَصِيَّةِ ثُمَّ وُلِدَ له ابْنٌ ثُمَّ مَاتَ الْمُوصِي صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّ الْأَخَ ليس بِوَارِثِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ لِصَيْرُورَتِهِ مَحْجُوبًا بِالِابْنِ وَإِنَّمَا اُعْتُبِرَتْ الْوِرَاثَةُ وَقْتَ مَوْتِ الْمُوصِي لَا وَقْتَ وَصِيَّتِهِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَيْسَتْ بِتَمْلِيكٍ لِلْحَالِ لِيُعْتَبَرَ كَوْنُهُ وَارِثًا وَقْتَ وُجُودِهَا بَلْ هِيَ تَمْلِيكٌ عِنْدَ الْمَوْتِ فَيُعْتَبَرُ ذلك عِنْدَ الْمَوْتِ وَكَذَلِكَ الْهِبَةُ في الْمَرَضِ بِأَنْ وَهَبَ الْمَرِيضُ لِوَارِثِهِ شيئا ثُمَّ مَاتَ أنه يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا له وَقْتَ الْمَوْتِ لَا وَقْتَ الْهِبَةِ لِأَنَّ هِبَةَ الْمَرِيضِ في مَعْنَى الْوَصِيَّةِ حتى تُعْتَبَرَ من الثُّلُثِ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذا أَوْصَى لِامْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ وهو مَرِيضٌ أو صَحِيحٌ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا أنه لَا يَصِحُّ

وَلَوْ أَقَرَّ الْمَرِيضُ لِامْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ بِدَيْنٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا جَازَ إقْرَارُهُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إنَّمَا تَصِيرُ مِلْكًا عِنْدَ مَوْتِ الْمُوصِي فَيُعْتَبَرُ كَوْنُهَا وَارِثَةً له حِينَئِذٍ وَهِيَ وَارِثَتُهُ عِنْدَ مَوْتِهِ لِأَنَّهَا زَوْجَتُهُ فلم تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ

فَأَمَّا الْإِقْرَارُ فَاعْتِبَارُهُ حَالَ وُجُودِهِ وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ حَالَ وُجُودِهِ فَاعْتِرَاضُ الزَّوْجِيَّةِ بَعْدَ ذلك لَا يُبْطِلُهُ

وَكَذَا لو وَهَبَ لها هِبَةً في مَرَضِ مَوْتِهِ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَطَلَتْ الْهِبَةُ لِأَنَّ تَبَرُّعَاتِ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ تُعْتَبَرُ بِالْوَصَايَا

وَلَوْ أَوْصَى وهو مَرِيضٌ أو صَحِيحٌ لِابْنِهِ النَّصْرَانِيِّ صَحَّ لِأَنَّهُ ليس بِوَارِثِهِ فَلَوْ أَسْلَمَ الِابْنُ قبل مَوْتِهِ بَطَلَتْ وَصِيَّتُهُ لِمَا قُلْنَا إن اعْتِبَارَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ وهو وَارِثٌ بَعْدَ الْمَوْتِ وَلَوْ أَقَرَّ الْمَرِيضُ بِدَيْنٍ لِابْنِهِ النَّصْرَانِيِّ ثُمَّ أَسْلَمَ لم يَجُزْ إقْرَارُهُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رَحِمَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى يَصِحُّ

وَجْهُ قَوْلِهِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في الْمَرْأَةِ أَنَّ الْإِقْرَارَ يُعْتَبَرُ حَالَ وُقُوعِهِ وأنه غَيْرُ وَارِثٍ وَقْتَ الْإِقْرَارِ فَاعْتِرَاضُ الْوِرَاثَةِ بَعْدَ ذلك لَا يُبْطِلُ الدَّيْنَ الثَّابِتَ كما قُلْنَا في الْمَرْأَةِ

وَلَنَا أَنَّ الْوِرَاثَةَ وَإِنْ لم تَكُنْ مَوْجُودَةً عِنْدَ الْإِقْرَارِ لَكِنَّ سَبَبَهَا كان قَائِمًا وهو الْقَرَابَةُ لَكِنْ لم يَظْهَرْ عَمَلُهَا لِلْحَالِ لِمَانِعٍ وهو الْكُفْرُ فَعِنْدَ زَوَالِ الْمَانِعِ يَلْحَقُ بِالْعَدَمِ من الْأَصْلِ وَيُعْمَلُ السَّبَبُ من وَقْتِ وُجُودِهِ لَا من وَقْتِ زوال

( ( ( زاول ) ) ) الْمَانِعِ كما في الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ أن عِنْدَ سُقُوطِ الْخِيَارِ يُعْمَلُ السَّبَبُ وهو الْبَيْعُ في الْحُكْمِ من وَقْتِ وُجُودِهِ لَا من وَقْتِ

---



---

سُقُوطِ الْخِيَارِ وَالْجَامِعُ أَنَّ الْعَامِلَ عِنْدَ ارْتِفَاعِ الْمَانِعِ ذَاتَ الْبَيْعِ وَذَاتَ الْقَرَابَةِ فَتَسْتَنِدُ السَّبَبِيَّةُ إلَى وَقْتِ وُجُودِ ذَاتِهِ فَيَظْهَرُ أَنَّهُ أَقَرَّ لِوَارِثِهِ فلم يَصِحَّ أو يُقَالُ

إنَّ إقْرَارَ الْمَرِيضِ لِوَارِثِهِ إنَّمَا يُرَدُّ التهمة ( ( ( لِلتهمة ) ) ) وَسَبَبُ التُّهْمَةِ وَقْتَ الْإِقْرَارِ مَوْجُودٌ وهو الْقَرَابَةُ بِخِلَافِ ما إذَا أَقَرَّ لِامْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لِأَنَّ هُنَاكَ سَبَبَ الْقَرَابَةِ لم يَكُنْ مَوْجُودًا وَقْتَ الْإِقْرَارِ لِأَنَّ السَّبَبَ هو الزَّوْجِيَّةُ ولم تَكُنْ وَقْتَ الْإِقْرَارِ وَإِنَّمَا وُجِدَتْ بَعْدَ ذلك وَبَعْدَ وُجُودِهَا لَا تَحْتَمِلُ الِاسْتِنَادَ فَيُقْتَصَرُ على حَالِ وُجُودِهَا ولم يَكُنْ ذلك إقْرَارًا لِوَارِثِهِ فَيَصِحَّ وَيَثْبُتَ الدَّيْنَ في ذِمَّتِهِ فَلَا يَسْقُطُ بِحُدُوثِ الزَّوْجِيَّةِ وَعَلَى التَّقْرِيبِ الثَّانِي لم يُوجَدْ سَبَبُ التُّهْمَةِ وَقْتَ الْإِقْرَارِ فَيَصِحّ

وَلَوْ كان ابْنُهُ مُسْلِمًا لَكِنَّهُ مَمْلُوكٌ فَأَوْصَى له ثُمَّ أُعْتِقَ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ أَوَانَ اعْتِبَارِ الْوَصِيَّةِ أَوَانَ الْمَوْتِ وهو وَارِثُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَلَوْ أَقَرَّ له بِالدَّيْنِ وهو مَرِيضٌ أو وَهَبَ له هِبَةً فَقَبَضَهَا فَإِنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ جَازَ ذلك لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ كان الْإِقْرَارُ وَالْهِبَةُ لِمَوْلَاهُ وأنه أَجْنَبِيٌّ عن الْمُوصِي فَجَازَ وَإِنْ كان عليه دَيْنٌ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ وَالْهِبَةَ يَقَعَانِ له لَا لِمَوْلَاهُ لِأَنَّهُ يَقْضِي منه دُيُونَهُ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْإِقْرَارَ كان لِوَارِثِهِ من طَرِيقِ الِاسْتِنَادِ فَلَا يَصِحُّ أو لَا يَصِحُّ لِقِيَامِ سَبَبِ شُبْهَةِ التُّهْمَةِ وَقْتَ الْإِقْرَارِ كما قُلْنَا في الْإِقْرَارِ لِابْنِهِ النَّصْرَانِيِّ إذَا أَسْلَمَ

وَلَوْ أَوْصَى لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ فَأَجَازَ الْبَاقُونَ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْجَوَازِ كان لِحَقِّهِمْ لِمَا يَلْحَقُهُمْ من الْأَذَى وَالْوَحْشَةِ بِإِيثَارِ الْبَعْضِ وَلَا يُوجَدُ ذلك عِنْدَ الْإِجَازَةِ وفي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ إلَّا أَنْ يُجِيزَهَا الْوَرَثَةُ

وَلَوْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ وَلِأَجْنَبِيٍّ فَإِنْ أَجَازَ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لَهُمَا جميعا وكان الثُّلُثُ بين الْأَجْنَبِيِّ وَبَيْنَ الْوَارِثِ نِصْفَيْنِ وَإِنْ رَدُّوا جَازَتْ في حِصَّةِ الْأَجْنَبِيِّ وَبَطَلَتْ في حِصَّةِ الْوَارِثِ

وقال بَعْضُ الناس يُصْرَفُ الثُّلُثُ كُلُّهُ إلَى الْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّ الْوَارِثَ ليس بِمَحَلٍّ لِلْوَصِيَّةِ فَالْتَحَقَتْ الْإِضَافَةُ إلَيْهِ بِالْعَدَمِ كما لو أَوْصَى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ أن الْوَصِيَّةَ كُلَّهَا لِلْحَيِّ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا

وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ لَيْسَتْ وَصِيَّةٌ بَاطِلَةٌ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو اتَّصَلَتْ بها الْإِجَازَةُ جَازَتْ وَالْبَاطِلُ لَا يَحْتَمِلُ الْجَوَازَ بِالْإِجَازَةِ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْوَارِثَ مَحَلٌّ لِلْوَصِيَّةِ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ الْمُضَافَ إلَى غَيْرِ مَحَلِّهِ يَكُونُ بَاطِلًا دَلَّ أَنَّهُ مَحَلٌّ وَأَنَّ الْإِضَافَةَ إلَيْهِ وَقَعَتْ صَحِيحَةً إلَّا أنها تَبْطُلُ في حِصَّتِهِ بِرَدِّ الْبَاقِينَ وإذا وَقَعَتْ صَحِيحَةً فَقَدْ أَوْصَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنِصْفِ الثُّلُثِ ثُمَّ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ في حَقِّ الْوَارِثِ بِالرَّدِّ فَبَقِيَتْ في حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ على حَالِهَا كما لو أَوْصَى لِأَجْنَبِيَّيْنِ فَرَدَّ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ بِخِلَافِ الْمَرِيضِ إذَا أَقَرَّ بِدَيْنٍ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ وَلِأَجْنَبِيٍّ كما إذا أَقَرَّ لَهُمَا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَالْوَارِثُ مع الْأَجْنَبِيِّ تصادقا ( ( ( تصادقا ) ) ) أنه لَا يَصِحُّ لَهُمَا الْإِقْرَارُ أَصْلًا لَا لِلْوَارِثِ وَلَا لِلْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ فَبُطْلَانُهُ في حَقِّ أَحَدِهِمَا لَا يُوجِبُ الْبُطْلَانَ في حَقِّ الْآخَرِ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الشَّرِكَةَ وَالْإِقْرَارُ لَهُمَا بِالدَّيْنِ اخبار عن دَيْنٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا فَلَوْ صَحَّ في حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ لَكَانَ فيه قِسْمَةُ الدَّيْنِ قبل الْقَبْضِ وإنها بَاطِلَةٌ وَلِأَنَّهُ إذَا كان إخْبَارًا عن دَيْنٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا فَالْوَارِثُ يُشَارِكُ الْأَجْنَبِيَّ فِيمَا يَقْبِضُ ثُمَّ تَبْطُلُ حِصَّتُهُ وَفِيهِ إقْرَارٌ الوارث ( ( ( للوارث ) ) ) وَأَنَّهُ بَاطِلٌ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ فإن الْوَارِثَ لَا يُشَارِكُ الْأَجْنَبِيَّ وإذا بَطَلَ الْإِقْرَارُ أَصْلًا تُقَسَّمُ التَّرِكَةُ بَيْن وَرَثَةِ الْمُقِرِّ فما أَصَابَ الْوَارِثَ الْمُقِرَّ له من ذلك يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَجْنَبِيِّ إلَى تَمَامِ الْإِقْرَارِ وما زَادَ على ذلك يَكُونُ لِلْوَارِثِ لِأَنَّهُمَا إذَا تَصَادَقَا فَمِنْ زَعَمِهِمَا أَنَّ هذا الْقَدْرَ دَيْنٌ على الْمَيِّتِ وَالدَّيْنُ مُقَدَّمٌ على الْمِيرَاثِ

هذا إذَا تَصَادَقَا فَإِنْ تَكَاذَبَا أو أَنْكَرَ الْأَجْنَبِيُّ شَرِكَةَ الْوَارِثِ أو رَدَّ الْوَرَثَةُ إقْرَارَهُ

فَالْإِقْرَارُ بَاطِلٌ أَيْضًا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِمَا ذَكَرْنَا
وإذا بَطَلَ كان الْمَالُ مِيرَاثًا بين وَرَثَةِ الْمُقِرِّ فما أَصَابَ الْوَارِثَ فَهُوَ له كُلُّهُ وَلَا شَرِكَةَ لِلْأَجْنَبِيِّ فيه لِأَنَّهُ يُكَذِّبُهُ في ذلك
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَصِحُّ إقْرَارُهُ في حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ وَيَكُونُ له خَمْسُمِائَةٍ
وَإِنْ كان الْأَجْنَبِيُّ يُكَذِّبُ الْوَارِثَ وَالْوَارِث يُصَدِّقُهُ في ذلك فَالْخَمْسِمِائَةِ مِمَّا أَصَابَهُ لِلْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّهُ لَمَّا صَدَّقَهُ الْوَارِثُ فَقَدْ أَقَرَّ أَنَّهُ كان له على الْمَيِّتِ خَمْسُمِائَةٍ دِينٌ وَأَنَّهُ مُقَدَّمٌ على الْمِيرَاثِ إلَّا أَنَّهُ ادَّعَى الشَّرِكَةَ فيه وهو يُكَذِّبُهُ في الشَّرِكَةِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْأَجْنَبِيِّ وَيَأْخُذُ تِلْكَ الْخَمْسِمِائَةِ كُلَّهَا
وَلَوْ أَوْصَى لِعَبْدِ وَارِثُهُ لَا يَصِحُّ سَوَاءٌ كان على الْعَبْدِ دَيْنٌ أو لم يَكُنْ
أَمَّا إذَا لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَقَعُ لِمَوْلَاهُ لِأَنَّ الْمِلْكَ يَقَعُ لِهِ فَكَانَتْ الْوَصِيَّةُ لِوَارِثِهِ وَإِنْ كان عليه دَيْنٌ فَالْوَصِيَّةُ تَقَعُ لِمَوْلَاهُ من وَجْهٍ لِأَنَّهُ إذَا سَقَطَ عنه الدَّيْنُ يَصِيرُ الْمُوصَى بِهِ لِلْوَارِثِ وَقْتَ الْوَصِيَّةِ فَكَانَ وَصِيَّةً لِلْوَارِثِ من

---

(7/338)

---

وَجْهٍ فَلَا تَصِحُّ إلَّا إذَا عَتَقَ قبل مَوْتِ الموصى فيصح ( ( ( فتصح ) ) ) الْوَصِيَّةُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إيجَابُ الْمِلْكِ عِنْدَ مَوْتِ الموصى وهو كان حُرًّا عِنْدَ مَوْتِهِ
وَكَذَا إذَا أَوْصَى لِعَبْدِ نَفْسِهِ فَأَعْتَقَهُ قبل مَوْتِهِ صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ له فَإِنْ مَاتَ وهو عَبْدٌ بَطَلَتْ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ لِمَوْلَاهُ وَمَوْلَاهُ وَارِثُهُ
وَلَوْ أَوْصَى لِمُكَاتَبِ وَارِثِهِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْوَصِيَّةِ تَحْصُلُ لِوَارِثِهِ في الْحَالِ وَالْمَآلِ
في الْحَالِ بِأَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ وفي الْمَآلِ بِالْعَجْزِ
وَلَوْ أَوْصَى لِمُكَاتَبِ نَفْسِهِ جَازَ لِأَنَّهُ إمَّا أَنْ يُعْتَقَ بِأَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَيَصِيرَ أَجْنَبِيًّا فَتَجُوزَ له الْوَصِيَّةُ
وَإِمَّا أَنْ يَعْجَزَ وَيُرَدَّ في الرِّقِّ فَيَصِيرَ مِيرَاثًا لِجَمِيعِ وَرَثَتِهِ لَا لِبَعْضِهِمْ دُونَ بَعْضٍ فَلَا يَكُونُ في هذه الْوَصِيَّةِ إيثَارُ بَعْضِ الْوَرَثَةِ على بَعْضٍ فَتَجُوزُ كما لو أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِوَرَثَتِهِ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ قَاتَلَ الْمُوصِي قَتْلًا حَرَامًا على سَبِيلِ الْمُبَاشَرَةِ فَإِنْ كان لم تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ له عِنْدَنَا وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ
وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ هذا ليس بِشَرْطٍ وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِلْقَاتِلِ
وَاحْتَجَّ بِمَا ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ لِجَوَازِ الْوَصِيَّةِ في أَوَّلِ الْكِتَابِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْقَاتِلِ وَغَيْرِهِ وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ وَتَمَلُّكٌ وَالْقَتْلُ لَا يُنَافِي أَهْلِيَّةَ التَّمْلِيكِ
وَلَنَا ما رُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا وَصِيَّةَ لِقَاتِلٍ وَهَذَا نَصٌّ
وَيُرْوَى أَنَّهُ قال ليس لِقَاتِلٍ شَيْءٌ ذَكَرَ الشَّيْءَ نَكِرَةً في مَحَلِّ النَّفْيِ فَتَعُمُّ الْمِيرَاثَ وَالْوَصِيَّةَ جميعا
وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْقَاتِلَ مَخْصُوصٌ عن عُمُومَاتِ الْوَصِيَّةِ وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ وَلَا مِيرَاثَ لِلْقَاتِلِ لِمَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ وَسَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنهما لما ( ( ( أنهما ) ) ) يَجْعَلَا لِلْقَاتِلِ مِيرَاثًا
وَعَنْ عَبِيدَةَ السَّلْمَانِيِّ أَنَّهُ قال لَا يَرِثُ قَاتِلٌ بَعْدَ صَاحِبِ الْبَقَرَةِ وَيُرْوَى لَا يُوَرَّثُ قَاتِلٌ بَعْدَ صَاحِبِ الْبَقَرَةِ

وَهَذَا منه بَيَانٌ لِإِجْمَاعِ الْمُسْلِمِينَ من زَمَنِ سَيِّدِنَا مُوسَى عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إلَى زَمَنِ التَّابِعِينَ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ على أَنَّهُ لَا مِيرَاثَ لِلْقَاتِلِ
وَذَكَر مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ هذه الْآثَارَ في الْأَصْلِ وقال وَالْوَصِيَّةُ عِنْدَنَا بِمَنْزِلَةِ ذلك لَا وَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ وَلِأَنَّ الْوَرَثَةَ تَتَأَذَّى بِوَضْعِ الْوَصِيَّةِ في الْقَاتِلِ كما يَتَأَذَّى الْبَعْضُ بِوَضْعِهَا في الْبَعْضِ فَيُؤَدِّي إلَى قَطْعِ الرَّحِمِ وأنه حَرَامٌ وَلِأَنَّ الْمَجْرُوحَ إذَا صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ فَقَدْ تَعَلَّقَ حَقُّ الْوَرَثَةِ بِمَالِهِ نَظَرًا لهم لِئَلَّا يُزِيلَ الْمُوَرِّثُ مِلْكَهُ إلَى غَيْرِهِمْ لِعَدَاوَةٍ أو أَذًى لَحِقَهُ من جِهَتِهِمْ فَيَتَضَرَّرُونَ بِذَلِكَ لَكِنْ مع بَقَاءِ مِلْكِ الْمُورَثِ نَظَرًا له لِحَاجَتِهِ إلَى دَفْعِ حَوَائِجِهِ الْأَصْلِيَّةِ وَسَبَبُ ثُبُوتِ حَقِّهِمْ في مَرَضِ الْمَوْتِ ما هو سَبَبُ ثُبُوتِ مِلْكِهِمْ بَعْدَ الْمَوْتِ وهو الْقَرَابَةُ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَمْلِكَ التَّبَرُّعَ بِشَيْءٍ من مَالِهِ إلَّا أَنَّهُ مَلَكَ ذلك على غَيْرِ الْقَاتِلِ وَالْوَارِثِ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ فَيَبْقَى الْأَمْرُ فِيهِمَا على أَصْلِ الْقِيَاسِ وَلِأَنَّ الْقَتْلَ بِغَيْرِ حَقٍّ جِنَايَةٌ عَظِيمَةٌ فَتَسْتَدْعِي الزَّجْرَ بِأَبْلَغِ الْوُجُوهِ وَحِرْمَانُ الْوَصِيَّةِ يَصْلُحُ زَاجِرًا لِحِرْمَانِ الْمِيرَاثِ فَيَثْبُتُ وَسَوَاءٌ كان الْقَتْلُ عَمْدًا أو خَطَأً لِأَنَّ الْقَتْلَ الْخَطَأَ قَتْلٌ وأنه جَازَ الْمُؤَاخَذَةُ عليه عَقْلًا وَسَوَاءٌ أَوْصَى له بَعْدَ الْجِنَايَةِ أو قَبْلَهَا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إنَّمَا تَقَعُ تَمْلِيكًا بَعْدَ الْمَوْتِ فَتَقَعُ وَصِيَّةً لِلْقَاتِلِ تَقَدَّمَتْ الْجِنَايَةُ أو تَأَخَّرَتْ
وَلَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِعَبْدِ الْقَاتِلِ كان على الْعَبْدِ دَيْنٌ أو لم يَكُنْ وَلَا لِمُكَاتَبِهِ لِمَا ذَكَرْنَا في عبد الْوَارِثِ وَمُكَاتَبِهِ وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِابْنِ الْقَاتِلِ وَلِأَبَوَيْهِ وَلِجَمِيعِ قَرَابَتِهِ لِأَنَّ مِلْكَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْفَصِلٌ عن مِلْكِ صَاحِبِهِ فَلَا تَكُونُ الْوَصِيَّةُ لِأَحَدِهِمَا وَصِيَّةً لِصَاحِبِهِ
وَلَوْ اشْتَرَكَ عَشَرَةٌ في قَتْلِ رَجُلٍ فَأَوْصَى لِبَعْضِهِمْ بَعْدَ الْجِنَايَةِ لم تَصِحَّ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ منهم قَاتِلٌ على الْكَمَالِ حين وَجَبَ الْقِصَاصُ على كل وَاحِدٍ منهم فَكَانَتْ وَصِيَّةً لِقَاتِلِهِ فلم تَصِحَّ
وَلَوْ كان أَحَدُهُمْ عَبْدَ الموصى فوصى ( ( ( فأوصى ) ) ) لِبَعْضِهِمْ بَعْدَ الْجِنَايَةِ وَأَعْتَقَ عَبْدَهُ ثُمَّ مَاتَ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ وَلَا يَبْطُلُ الْعِتْقُ وَلَكِنَّ الْعَبْدَ يَسْعَى في قِيمَتِهِ
أما بُطْلَانُ الْوَصِيَّةِ فَلِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ منهم قَاتِلٌ فَكَانَ الْمُوصَى له قَاتِلًا فلم تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ له
وَأَمَّا صِحَّةُ الْإِعْتَاقِ وَنَفَاذُهُ فَفِيهِ ضَرْبُ إشْكَالٍ وهو إن الْإِعْتَاقَ حَصَلَ في مَرَضِ الْمَوْتِ وَالْإِعْتَاقُ في مَرَضِ الْمَوْتِ وَصِيَّةٌ وَالْوَصِيَّةُ لِلْقَاتِلِ لَا تَصِحُّ وَالْعَبْدُ قَاتِلٌ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَنْفُذَ إعْتَاقُهُ
وَالْجَوَابُ عنه من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْإِعْتَاقَ في مَرَضِ الْمَوْتِ ليس بِوَصِيَّةٍ حَقِيقَةً لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ وَالْإِعْتَاقُ إسْقَاطُ الْمِلْكِ وَإِزَالَتُهُ لَا إلَى أحد ( ( ( أحدهما ) ) ) وهما مُتَغَايِرَانِ بَلْ مُتَنَافِيَانِ حَقِيقَةً وَكَذَا الْإِعْتَاقُ ينجز ( ( ( ينجر ) ) ) حُكْمُهُ لِلْحَالِ وَحُكْمُ الْوَصِيَّةِ يَتَأَخَّرُ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ فلم يَكُنْ الْإِعْتَاقُ في مَرَضِ الْمَوْتِ وَصِيَّةً حَقِيقَةً إلَّا أَنَّهُ يُشْبِهُ الْوَصِيَّةَ من حَيْثُ أنه يُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ لَا غَيْرُ
وَالثَّانِي إنْ كان في مَعْنَى الْوَصِيَّةِ فَالْوَصِيَّةُ بِالْإِعْتَاقِ مَرْدُودَةٌ من حَيْثُ الْمَعْنَى وَإِنْ كانت نَافِذَةً صُورَةً
أَلَا

تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ يَسْعَى في قِيمَتِهِ وَالسِّعَايَةُ قِيمَةُ الرَّقَبَةِ فَكَانَتْ السِّعَايَةُ رَدًّا لِلْوَصِيَّةِ مَعْنًى وَالْعِتْقُ بَعْدَ وُقُوعِهِ وَإِنْ كان لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ صُورَةً يَحْتَمِلُهُ مَعْنًى بِرَدِّ السِّعَايَةِ التي هِيَ قِيمَةُ الرَّقَبَةِ

وَلَوْ أَوْصَى لِعَبْدِهِ بِالثُّلُثِ ثُمَّ قَتَلَهُ الْعَبْدُ لم تَصِحَّ وَصِيَّتُهُ غير أَنَّهُ يُعْتَقُ وَيَسْعَى في جَمِيعِ قِيمَتِهِ

أَمَّا بُطْلَانُ الْوَصِيَّةِ فَلِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ لِلْقَاتِلِ

وَأَمَّا نَفَاذُ العتاق ( ( ( العتق ) ) ) فَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ لَيْسَتْ بِبَاطِلَةٍ بَلْ هِيَ صَحِيحَةٌ أَلَا تَرَى أنها تَقِفُ على إجَازَةِ الْوَرَثَةِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فإذا أَوْصَى له بِثُلُثِ مَالِهِ فَقَدْ أَوْصَى له بِثُلُثِ رَقَبَتِهِ لِأَنَّ رَقَبَتَهُ من مَالِهِ فَدَخَلَتْ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ بِالثُّلُثِ فلما مَاتَ الْمُوصَى مَلَكَ ثُلُثَ رَقَبَتِهِ وَتَمْلِيكُ ثُلُثِ رَقَبَتِهِ منه يَكُونُ إعْتَاقًا لِثُلُثِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ فَيُعْتَقُ ثُلُثُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ ثُمَّ يُنْقَضُ من حَيْثُ الْمَعْنَى بِرَدِّ السِّعَايَةِ كما لو أَعْتَقَهُ نَصًّا في مَرَضِ مَوْتِهِ أو أَضَافَ الْعِتْقَ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ بِالتَّدْبِيرِ غير أَنَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَقَعَتْ الْوَصِيَّةُ له بِثُلُثِ الرَّقَبَةِ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ متجزىء عِنْدَهُ فَيُعْتَقُ ثُلُثُ رَقَبَتِهِ وَيَسْعَى في ثُلُثَيْهِ لِأَنَّهُ مُعْتَقُ الْبَعْضِ وَيَسْعَى في ذلك الثُّلُثِ للذي ( ( ( الذي ) ) ) عَتَقَ رَدًّا لِلْوَصِيَّةِ مَعْنًى بِالسِّعَايَةِ لِأَنَّهُ لَا وَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ فَيُرَدُّ بِرَدِّ السِّعَايَةِ وَعِنْدَهُمَا وَقَعَتْ الْوَصِيَّةُ له بِكُلِّ الرَّقَبَةِ لِأَنَّهُ عَتَقَ كُلُّهُ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُمَا وَمَتَى عَتَقَ كُلُّهُ يَسْعَى في كل قِيمَتِهِ رَدًّا لِلْوَصِيَّةِ مَعْنًى فَاتَّفَقَ الْجَوَابُ وهو السِّعَايَةُ في جَمِيعِ قِيمَتِهِ وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ الطَّرِيقُ

وَلَوْ أَوْصَى لِلْقَاتِلِ ثُمَّ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ الْوَصِيَّةَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصَى ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّهُ يَجُوزُ ولم يذكر خِلَافًا

وَذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ أَنَّ على قَوْلِ أبي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ وَسَكَتَ عن قَوْلِهِمَا فَيَدُلُّ على الْجَوَازِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ

لِأَبِي يُوسُفَ ما رَوَيْنَا عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا وَصِيَّةَ لِقَاتِلٍ وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ليس لِقَاتِلٍ شَيْءٌ من غَيْرِ فَصْلٍ بين حَالِ الْإِجَازَةِ وَعَدَمِهَا وَلِأَنَّ الْمَانِعَ من الْجَوَازِ هو الْقَتْلُ وَالْإِجَازَةُ لَا تَمْنَعُ الْقَتْلَ

وَلَهُمَا أَنَّ امْتِنَاعَ الْجَوَازِ كان لِحَقِّ الْوَرَثَةِ لِأَنَّهُمْ يَتَأَذَّوْنَ بِوَضْعِ الْوَصِيَّةِ في الْقَاتِلِ أَكْثَرَ مِمَّا يَتَأَذَّى الْبَعْضُ بِإِيثَارِ الْبَعْضِ بِالْوَصِيَّةِ ثُمَّ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لِلْبَعْضِ بِإِجَازَةِ الْبَاقِينَ فَهَهُنَا أَوْلَى

وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الْمَانِعَ هو حَقُّ الْوَرَثَةِ أَنَّ الْوَرَثَةَ يَنْتَفِعُونَ بِبُطْلَانِ الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ وَحَقُّ الْإِنْسَانِ ما يَنْتَفِعُ بِهِ فإذا أجازوا ( ( ( جازوا ) ) ) فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ فَجَازَتْ وَلِهَذَا جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لِبَعْضِ الْوَرَثَةِ بِإِجَازَةِ الْبَاقِينَ

كَذَا هذا

وَلَوْ كان الْقَتْلُ قِصَاصًا لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ ليس بِقَتْلٍ حَرَامٍ

وَكَذَا لو كان الْقَاتِلُ صَبِيًّا لِأَنَّ قَتْلَهُ لَا يُوصَفُ بِالْحُرْمَةِ وَلِهَذَا لم يَتَعَلَّقْ بِشَيْءٍ من ذلك حِرْمَانُ الْمِيرَاثِ فَكَذَا حِرْمَانُ الْوَصِيَّةِ

وَكَذَا الْقَتْلُ تَسْبِيبًا لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْوَصِيَّةِ كما لَا يَمْنَعُ حِرْمَانَ الْمِيرَاثِ على ما عُرِفَ في كِتَابِ الْفَرَائِضِ

وَأَمَّا الْإِقْرَارُ لِلْقَاتِلِ بِالدَّيْنِ فَإِنْ صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ لم يَجُزْ وَإِنْ كان يَذْهَبُ وَيَجِيءُ جَازَ لِأَنَّ إقْرَارَ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ في مَعْنَى الْوَصِيَّةِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ لِوَارِثِهِ كما لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ له

وإذا كان يَذْهَبُ وَيَجِيءُ كان في حُكْمِ الصَّحِيحِ فَيَجُوزُ كما لو أَقَرَّ لِوَارِثِهِ في

هذه الْحَالَةِ وَكَذَا الْهِبَةُ في الْمَرَضِ في مَعْنَى الْوَصِيَّةِ فَلَا تَصِحُّ لِلْقَاتِلِ وَعَفْوُ الْمَرِيضِ عن الْقَاتِلِ في دَمِ الْعَمْدِ جَائِزٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسَوْا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ } مُطْلَقًا من غَيْرِ فَصْلٍ بين حَالِ الْمَرَضِ وَالصِّحَّةِ وَلِأَنَّ الْمَانِعَ من نَفَاذِ تَصَرُّفِ الْمَرِيضِ هو تَعَلُّقُ حَقِّ الْوَرَثَةِ أو الْغُرَمَاءِ وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ حَقُّهُمْ بِالْمَالِ وَالْقِصَاصُ ليس بِمَالٍ وَبِهَذَا عَلَّلَ في الْأَصْلِ وَإِنْ كان الْقَتْلُ خَطَأً يَجُوزُ الْعَفْوُ من الثُّلُثِ لِأَنَّ الْقَتْلَ الْخَطَأَ يُوجِبُ الْمَالَ فَكَانَ عَفْوُهُ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ وَإِنَّهَا جَائِزَةٌ من الثُّلُثِ وَدَلَّتْ هذه الْمَسْأَلَةُ على أَنَّ الدِّيَةَ كُلَّهَا تَجِبُ على الْعَاقِلَةِ وَلَا يَجِبُ على الْقَاتِلِ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لو وَجَبَ لم يَصِحَّ عَفْوُهُ من الثُّلُثِ في حِصَّةِ الْقَاتِلِ لِأَنَّهُ يَكُونُ وَصِيَّةً لِلْقَاتِلِ في ذلك الْقَدْرِ وَلَا وَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ وَلَمَّا جَازَ الْعَفْوُ هَهُنَا من الثُّلُثِ عُلِمَ أَنَّ الدِّيَةَ لَا تَجِبُ على الْقَاتِلِ وَإِنَّمَا تَجِبُ على عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ حتى تَكُونَ وَصِيَّةً لِعَاقِلَةِ الْقَاتِلِ ثُمَّ الْوَصِيَّةُ لِلْقَاتِلِ إنَّمَا لَا تَجُوزُ إذَا لم تُجِزْ الْوَرَثَةُ فَإِنْ أَجَازُوا جَازَتْ ولم يذكر في الْأَصْلِ اخْتِلَافًا

وَذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ قَوْلَ أبي يُوسُفَ أنها لَا تَجُوزُ وَإِنْ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ وَسَكَتَ عن قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْمَانِعَ من الْجَوَازِ هو الْقَتْلُ وأنه لَا يَنْعَدِمُ بِالْإِجَازَةِ وَلِهَذَا حَرَّمَ الْمِيرَاثَ

أَجَازَتْهُ الْوَرَثَةُ أو لَا وَلِأَنَّهُ لَمَّا قَتَلَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ صَارَ كَالْحَرْبِيِّ وَالْوَصِيَّةُ لِلْحَرْبِيِّ لَا تَجُوزُ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ أَمْ لم تُجِزْ كَذَا الْقَاتِلُ

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ عَدَمَ الْجَوَازِ لِمَكَانِ حَقِّ الْوَرَثَةِ لِمَا ذَكَرْنَا في الْوَصِيَّةِ لِبَعْضِ الْوَرَثَةِ فَيَجُوزُ عِنْدَ إجَازَتِهِمْ كما جَازَتْ لِبَعْضِ الْوَرَثَةِ عِنْدَ إجَازَةِ الْبَاقِينَ

---



---

بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ من الناس من يقول بِجَوَازِ الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ وهو مَالِكٌ وَلَا أَحَدٌ يقول بِجَوَازِ الْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ فلما لَحِقَتْهَا الْإِجَازَةُ هُنَاكَ فَلَأَنْ تَلْحَقَهَا هَهُنَا أَوْلَى وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ حَرْبِيًّا عِنْدَ مُسْتَأْمَنٍ فَإِنْ كان لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ له من مُسْلِمٍ أو ذِمِّيٍّ لِأَنَّ التَّبَرُّعَ بِتَمْلِيكِ الْمَالِ إيَّاهُ يَكُونُ إعَانَةً له على الحراب

( ( ( الخراب ) ) ) وَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ وَأَمَّا كَوْنُهُ مُسْلِمًا فَلَيْسَ بِشَرْطٍ حتى لو كان ذِمِّيًّا فَأَوْصَى له مُسْلِمٌ أو ذِمِّيٌّ جَازَ

وَكَذَا لو أَوْصَى ذِمِّيٌّ ذِمِّيًّا لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فإذا قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمَّةِ فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ لهم ما لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ ما على الْمُسْلِمِينَ وَلِلْمُسْلِمِ أَنْ يُوصِيَ مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا كَذَا لهم وَسَوَاءٌ أَوْصَى لِأَهْلِ مِلَّتِهِ لِغَيْرِ أَهْلِ مِلَّتِهِ لِعُمُوم الحديث وَلِأَنَّ الِاخْتِلَافَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِ أَهْلِ مِلَّتِهِ لَا يَكُونُ أَكْثَرَ من الِاخْتِلَافِ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ وَذَا لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْوَصِيَّةِ فَهَذَا أَوْلَى وَإِنْ كان مُسْتَأْمَنًا فَأَوْصَى له مُسْلِمٌ أو ذِمِّيٌّ ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ لِأَنَّهُ في عَهْدِنَا فَأَشْبَهَ الذِّمِّيَّ الذي هو في عَهْدِنَا وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلذِّمِّيِّ وَكَذَا الْحَرْبِيُّ الْمُسْتَأْمَنُ

وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ بِقَوْلِ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَشْبَهُ فَإِنَّهُمْ قالوا إنَّهُ لَا يَجُوزُ صَرْفُ الْكَفَّارَةِ وَالنَّذْرِ وَصَدَقَةِ الْفِطْرِ وَالْأُضْحِيَّةِ إلَى الْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ لِمَا فيه من الْإِعَانَةِ على الْحِرَابِ وَيَجُوزُ صَرْفُهَا إلَى الذِّمِّيِّ لِأَنَّا ما نُهِينَا عن بِرِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى

{ لَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عن الَّذِينَ لم يُقَاتِلُوكُمْ في الدِّينِ ولم يُخْرِجُوكُمْ من دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إلَيْهِمْ } وَقِيلَ إنَّ في التَّبَرُّعِ عليه في حَالِ الْحَيَاةِ بِالصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ رِوَايَتَيْنِ عن أَصْحَابِنَا فَالْوَصِيَّةُ له على تِلْكَ الرِّوَايَتَيْنِ أَيْضًا وَكَذَا كَوْنُهُ من أَهْلِ الْمِلْكِ ليس بِشَرْطٍ حتى لو أَوْصَى مُسْلِمٌ بِثُلُثِ مَالِهِ لِلْمَسْجِدِ أَنْ يُنْفَقَ عليه في إصْلَاحِهِ وَعِمَارَتِهِ وَتَجْصِيصِهِ يَجُوزُ لِأَنَّ قَصْدَ الْمُسْلِمِ من هذه الْوَصِيَّةِ التَّقَرُّبُ إلَى اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِإِخْرَاجِ مَالِهِ إلَى اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لَا التَّمْلِيكَ إلَى أَحَدٍ

وَلَوْ أَوْصَى الْمُسْلِمُ لِبَيْعَةٍ أو كَنِيسَةٍ بِوَصِيَّةٍ فَهُوَ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ

وَلَوْ أَوْصَى الذِّمِّيُّ بِثُلُثِ مَالِهِ لِلْبَيْعَةِ أو لِكَنِيسَةٍ أَنْ يُنْفَقَ عليها في إصْلَاحِهَا أو أَوْصَى لِبَيْتِ النَّارِ أو أَوْصَى بِأَنْ يُذْبَحَ لِعِيدِهِمْ أو لِلْبَيْعَةِ أو لِبَيْتِ النَّارِ ذَبِيحَةً جَازَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ

وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في وَصَايَا أَهْلِ الذِّمَّةِ أنها لَا تَخْلُو إمَّا إنْ كان الْمُوصَى بِهِ أَمْرًا هو قُرْبَةٌ عِنْدَنَا وعندهما ( ( ( وعندهم ) ) ) أو كان أَمْرًا هو قُرْبَةٌ عِنْدَنَا لَا عِنْدَهُمْ

وَأَمَّا إنْ كان أَمْرًا هو قُرْبَةٌ عِنْدَهُمْ لَا عِنْدَنَا فَإِنْ كان الْمُوصَى بِهِ شيئا هو قُرْبَةٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُمْ بِأَن أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ على فُقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ أو على فُقَرَاءِ أَهْلِ الذِّمَّةِ أو بِعِتْقِ الرِّقَابِ أو بِعِمَارَةِ الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى وَنَحْوِ ذلك جَازَ في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّ هذا مِمَّا يَتَقَرَّبُ بِهِ الْمُسْلِمُونَ وَأَهْلُ الذِّمَّةِ وَإِنْ كان شيئا هو قُرْبَةٌ عِنْدَنَا وَلَيْسَ بِقُرْبَةٍ عِنْدَهُمْ بِأَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُحَجَّ عنه أو أَوْصَى أَنْ يَبْنِيَ مَسْجِدًا لِلْمُسْلِمِينَ ولم يُبَيِّنْ لَا يَجُوزُ في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّهُمْ لَا يَتَقَرَّبُونَ بِهِ فِيمَا بَيْنَهُمْ فَكَانَ مُسْتَهْزِئًا في وَصِيَّتِهِ وَالْوَصِيَّةُ يُبْطِلُهَا الْهَزْلُ وَالْهَزْلُ وَإِنْ كان شيئا هو قُرْبَةٌ عِنْدَهُمْ لَا عِنْدَنَا بِأَنْ أَوْصَى بِأَرْضٍ له تُبْنَى بَيْعَةً أو كَنِيسَةً أو بَيْتَ نَارٍ أو بِعِمَارَةِ الْبِيعَةِ أو الْكَنِيسَةِ أو بَيْتِ النَّارِ أو بِالذَّبْحِ لِعِيدِهِمْ أو لِلْبَيْعَةِ أو لِبَيْتِ النَّارِ ذَبِيحَةً فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا أن عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ وَصِيَّةٌ بِمَا هو مَعْصِيَةٌ وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَعَاصِي لَا تَصِحُّ

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أن الْمُعْتَبَرَ في وَصِيَّتِهِمْ ما هو قُرْبَةٌ عِنْدَهُمْ لَا ما هو قُرْبَةٌ حَقِيقَةً لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا من أَهْلِ الْقُرْبَةِ الحقيقية ( ( ( الحقيقة ) ) )

وَلِهَذَا لو أَوْصَى بِمَا هو قُرْبَةٌ عِنْدَنَا وَلَيْسَ بِقُرْبَةٍ عِنْدَهُمْ لم تَجُزْ وَصِيَّتُهُ كَالْحَجِّ وَبِنَاءِ الْمَسْجِدِ لِلْمُسْلِمِينَ فَدَلَّ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ ما هو قُرْبَةٌ عِنْدَهُمْ وقد وُجِدَ وَلَكِنَّا أُمِرْنَا أَنْ لَا نَتَعَرَّضَ لهم فِيمَا يَدِينُونَ كما لَا نَتَعَرَّضُ لهم في عِبَادَةِ الصَّلِيبِ وَبَيْعِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ فِيمَا بَيْنَهُمْ

وَلَوْ بَنَى الذِّمِّيُّ في حَيَّاتِهِ بَيْعَةً أو كَنِيسَةً أو بَيْتَ نَارٍ كان مِيرَاثًا بين وَرَثَتِهِ في قَوْلِهِمْ جميعا على اخْتِلَافِ الْمَذْهَبَيْنِ

أَمَّا على أَصْلِهِمَا فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ وَأَمَّا عِنْدَهُ فَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْوَقْفِ وَالْمُسْلِمُ لو جَعَلَ دَارًا وَقْفًا إنْ مَاتَ صَارَتْ مِيرَاثًا

كَذَا هذا

فَإِنْ قِيلَ لِمَ لَا يُجْعَلُ حُكْمُ الْبَيْعَةِ فِيمَا بَيْنَهُمْ كَحُكْمِ الْمَسْجِدِ فِيمَا بين الْمُسْلِمِينَ

فَالْجَوَابُ أَنَّ حَالَ الْمَسْجِدِ يُخَالِفُ حَالَ الْبَيْعَةِ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ صَارَ خَالِصًا لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَانْقَطَعَتْ عنه مَنَافِعُ الْمُسْلِمِينَ وَأَمَّا الْبَيْعَةُ فَإِنَّهَا بَاقِيَةٌ على مَنَافِعِهِمْ فإنه يَسْكُنُ فيها أَسَاقِفَتُهُمْ وَيُدْفَنُ فيها مَوْتَاهُمْ فَكَانَتْ بَاقِيَةً على مَنَافِعِهِمْ فَأَشْبَهَ الْوَقْفَ فِيمَا بين الْمُسْلِمِينَ وَالْوَقْفُ فِيمَا بين الْمُسْلِمِينَ لَا يُزِيلُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ عِنْدَهُ

فَكَذَا هذا
لو أَوْصَى مُسْلِمٌ بِغَلَّةِ جَارِيَتِهِ أَنْ تَكُونَ في نَفَقَةِ الْمَسْجِدِ وَمُؤْنَتِهِ

---



---

فَانْهَدَمَ الْمَسْجِدُ وقد اجْتَمَعَ من غَلَّتِهَا شَيْءٌ أُنْفِقَ ذلك في بِنَائِهِ لِأَنَّهُ بِالِانْهِدَامِ لم يَخْرُجْ من أَنْ يَكُونَ مَسْجِدًا وقد أَوْصَى له بِغَلَّتِهَا فَتُنْفَقُ في بِنَائِهِ وَعِمَارَتِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ مَمْلُوكًا لِلْمُوصِي إذَا كانت الْوَصِيَّةُ بِدَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ مُسَمَّاةٍ أو بِشَيْءٍ مُعَيَّنٍ من مَالِهِ سِوَى رَقَبَةِ الْعَبْدِ حتى لو أَوْصَى لِعَبْدِهِ بِدَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ مُسَمَّاةٍ أو بِشَيْءٍ مُعَيَّنٍ من مَالِهِ سِوَى رَقَبَةِ الْعَبْدِ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّهُ إذْ ذَاكَ يَكُونُ مُوصِيًا لِنَفْسِهِ
وَلَوْ أَوْصَى له بِشَيْءٍ من رَقَبَتِهِ بِأَنْ أَوْصَى له بِثُلُثِ رَقَبَتِهِ جَازَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ له بِثُلُثِ رَقَبَتِهِ تَمْلِيكُ ثُلُثِ رَقَبَتِهِ منه وَتَمْلِيكُ نَفْسِ الْعَبْدِ منه يَكُونُ إعْتَاقًا فَيَصِيرُ ثُلُثُهُ مُدَبَّرًا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَعِنْدَهُمَا يَصِيرُ كُلُّهُ مُدَبَّرًا لِأَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ كَالْإِعْتَاقِ وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ
وَلَوْ أَوْصَى له بِثُلُثِ مَالِهِ جَازَتْ وَصِيَّتُهُ وَعَتَقَ ثُلُثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لِأَنَّ رَقَبَتَهُ دَخَلَتْ في الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهَا مَالُهُ فَوَقَعَتْ الْوَصِيَّةُ عليها وَعَلَى سَائِرِ أَمْلَاكِهِ ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان مَالُهُ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ يُنْظَرُ إلَى ثُلُثِي الْعَبْدِ فَإِنْ كانت قِيمَةُ ثُلُثِي الْعَبْدِ مِثْلَ ما وَجَبَ له في سَائِرِ أَمْوَالِهِ صَارَ قِصَاصًا وَإِنْ كان في الْمَالِ زِيَادَةٌ تُدْفَعُ إلَيْهِ الزِّيَادَةُ وَإِنْ كان في ثُلُثِي قِيمَةِ الْعَبْدِ زِيَادَةٌ تُدْفَعُ الزِّيَادَةُ إلَى الْوَرَثَةِ وَإِنْ كانت التَّرِكَةُ عُرُوضًا لَا تَصِيرُ قِصَاصًا إلَّا بِالتَّرَاضِي لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَعَلَيْهِ أَنْ يَسْعَى في ثُلُثِي قِيمَتِهِ وَلَهُ الثُّلُثُ من سَائِرِ أَمْوَالِهِ وَلِلْوَرَثَةِ أَنْ يَبِيعُوا الثُّلُثَ من سَائِرِ أَمْوَالِهِ حتى تَصِلَ إلَيْهِمْ السِّعَايَةُ
وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه
وَأَمَّا عِنْدَهُمَا صَارَ كُلُّهُ مُدَبَّرًا فإذا مَاتَ عَتَقَ كُلُّهُ وَيَكُونُ الْعِتْقُ مُقَدَّمًا على سَائِرِ الْوَصَايَا فَإِنْ زَادَ الثُّلُثُ على مِقْدَارِ قِيمَتِهِ فَعَلَى الْوَرَثَةِ أَنْ يَدْفَعُوا إلَيْهِ فَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَكْثَرَ فَعَلَيْهِ أَنْ يَسْعَى في الْفَضْلِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ مَجْهُولًا جَهَالَةً لَا يُمْكِنُ إزَالَتُهَا فَإِنْ كان لم تَجُزْ الْوَصِيَّةُ له لِأَنَّ الْجَهَالَةَ التي لَا يُمْكِنُ اسْتِدْرَاكُهَا تَمْنَعُ من تَسْلِيمِ الْمُوصَى بِهِ إلَى الْمُوصَى له فَلَا تُفِيدُ الْوَصِيَّةُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ من الناس أنه لَا يَصِحُّ بِلَا خِلَافٍ
وَلَوْ أَوْصَى لِأَحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ لَا يَصِحُّ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا يَصِحُّ غير أَنَّ عِنْدَ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ الْوَصِيَّةُ تَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ الْخِيَارُ إلَى الْوَارِثِ يعطي أَيَّهُمَا شَاءَ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إن الْإِيجَابَ وَقَعَ صَحِيحًا لِأَنَّ أَحَدَهُمَا وَإِنْ كان مَجْهُولًا وَلَكِنَّ هذه جَهَالَةٌ تُمْكِنُ إزَالَتُهَا أَلَا تَرَى إن الْمُوصِيَ لو عَيَّنَ أَحَدَهُمَا حَالَ حَيَّاتِهِ لَتَعَيَّنَ

ثُمَّ إنَّ مُحَمَّدًا يقول لَمَّا مَاتَ عَجَزَ عن التَّعْيِينِ بِنَفْسِهِ فَيَقُومُ وَارِثُهُ مَقَامَهُ في التَّعْيِينِ وأبو يُوسُفَ يقول لَمَّا مَاتَ قبل التَّعْيِينِ شَاعَتْ الْوَصِيَّةُ لَهُمَا وَلَيْسَ

أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى من الْآخَرِ كَمَنْ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ ثُمَّ مَاتَ قبل الْبَيَانِ أن الْعِتْقَ يَشِيعُ فِيهِمَا جميعا فَيَعْتِقُ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ
كَذَا هَهُنَا يَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الْوَصِيَّةِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ عِنْدَ الْمَوْتِ فَتَسْتَدْعِي كَوْنَ الْمُوصَى له مَعْلُومًا عِنْدَ الْمَوْتِ وَالْمُوصَى له عِنْدُ الْمَوْتِ مَجْهُولٌ فلم تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ من الْأَصْلِ كما لو أَوْصَى لِوَاحِدٍ من الناس فَلَا يُمْكِنُ الْقَوْلُ بِالشُّيُوعِ وَلَا يُقَامُ الْوَارِثُ مَقَامَ الْمُوصِي في الْبَيَانِ لِأَنَّ ذلك حُكْمُ الْإِيجَابِ الصَّحِيحِ ولم يَصِحَّ إلَّا أَنَّ الْمُوصِي لو بَيَّنَ الْوَصِيَّةَ في أَحَدِهِمَا حَالَ حَيَاتِهِ صَحَّتْ لِأَنَّ الْبَيَانَ إنْشَاءُ الْوَصِيَّةِ لِأَحَدِهِمَا فَكَانَ وَصِيَّةً مُسْتَأْنَفَةً لِأَحَدِهِمَا عَيْنًا وَإِنَّهَا صَحِيحَةٌ
وَلَوْ كان له عَبْدَانِ فَأَوْصَى بِأَرْفَعِهِمَا لِرَجُلٍ وَبِأَخَسِّهِمَا لِآخَرَ ثُمَّ مَاتَ الْمُوصِي ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ وَلَا يدري أَيُّهُمَا هو فَالْوَصِيَّةُ بَطَلَتْ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ اجْتَمَعَا على أَخْذِ الْبَاقِي أو لم يَجْتَمِعَا
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ اجْتَمَعَا على أَخْذِ الْبَاقِي فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَإِنْ لم يَجْتَمِعَا على أَخْذِهِ فَلَا شَيْءَ لَهُمَا
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ اجْتَمَعَا أو لم يَجْتَمِعَا
وَعَلَى هذا يُخْرجُ الْوَصِيَّةَ لِقَوْمٍ لَا يُحْصَوْنَ أنها بَاطِلَةٌ إذَا لم يَكُنْ في اللَّفْظِ ما ينبىء عن الْحَاجَةِ وَإِنْ كان فيه ما ينبىء عن الْحَاجَةِ فَالْوَصِيَّةُ جَائِزَةٌ لِأَنَّهُمْ إذَا كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ ولم يذكر في اللَّفْظِ ما يَدُلُّ على الْحَاجَةِ وَقَعَتْ الْوَصِيَّةُ تَمْلِيكًا منهم وَهُمْ مَجْهُولُونَ وَالتَّمْلِيكُ من الْمَجْهُولِ جَهَالَةٌ لَا يُمْكِنُ إزَالَتُهَا لَا يَصِحُّ
ثُمَّ اُخْتُلِفَ في تَفْسِيرِ الْإِحْصَاءِ قال أبو يُوسُفَ إنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ إلَّا بِكِتَابٍ أو حِسَابٍ فَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ وقال مُحَمَّدٌ إنْ كَانُوا أَكْثَرَ من مِائَةٍ فَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ
وَقِيلَ إنْ كَانُوا بِحَيْثُ لَا يُحْصِيهِمْ مُحْصٍ حتى يُولَدَ منهم مَوْلُودٌ وَيَمُوتَ منهم مَيِّتٌ فَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ
وَقِيلَ يُفَوَّضُ إلَى رَأْيِ الْقَاضِي وَإِنْ كان في اللَّفْظِ ما يَدُلُّ على الْحَاجَةِ كان وَصِيَّتُهُ بِالصَّدَقَةِ وَهِيَ إخْرَاجُ الْمَالِ إلَى اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَاحِدٌ مَعْلُومٌ فَصَحَّتْ

---



---

الْوَصِيَّةُ
ثُمَّ إذَا صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ فَالْأَفْضَلُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُعْطِيَ الثُّلُثَ لِمَنْ يَقْرُبُ إليه ( ( ( إليهم ) ) ) منهم فَإِنْ جَعَلَهُ في وَاحِدٍ فما زَادَ جَازَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ إلَّا أَنْ يُعْطِيَ اثْنَيْنِ منهم فَصَاعِدًا وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُعْطِيَ وَاحِدًا إلَّا نِصْفَ الْوَصِيَّةِ
وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ في مَسَائِلَ إذَا أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِلْمُسْلِمِينَ لم تَصِحَّ لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ لَا يُحْصَوْنَ وَلَيْسَ في لَفْظِ الْمُسْلِمِينَ ما ينبىء عن الْحَاجَةِ فَوَقَعَتْ الْوَصِيَّةُ تَمْلِيكًا من مَجْهُولٍ فلم تَصِحَّ
وَلَوْ أَوْصَى لِفُقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ أو لِمَسَاكِينِهِمْ صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّهُمْ وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ لَكِنْ عِنْدَهُمْ اسْمُ الْفَقِيرِ وَالْمِسْكِينِ ينبىء عن الْحَاجَةِ فَكَانَتْ الْوَصِيَّةُ لهم تَقَرُّبًا إلَى اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى طَلَبًا لِمَرْضَاتِهِ لَا لِمَرْضَاةِ الْفَقِيرِ فَيَقَعُ الْمَالُ

لِلَّهِ تَعَالَى عز وجل ثُمَّ الْفُقَرَاءُ يَتَمَلَّكُونَ بِتَمْلِيكِ اللَّهِ تَعَالَى منهم
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عز شَأْنُهُ وَاحِدٌ مَعْلُومٌ ولهذا ( ( ( ولذا ) ) ) كان إيجَابُ الصَّدَقَةِ من اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى من الْأَغْنِيَاءِ على الْفُقَرَاءِ صَحِيحًا وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ
وإذا صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ فَلَوْ صَرَفَ الْوَصِيُّ جَمِيعَ الثُّلُثِ إلَى فَقِيرٍ وَاحِدٍ جَازَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وقال مُحَمَّدٌ لَا يَجُوزُ إلَّا أَنْ يعطى منهم اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا وَلَا يَجُوزُ أَنْ يعطى وَاحِدًا منهم إلَّا نِصْفَ الثُّلُثِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنِ الْفُقَرَاءَ اسْمُ جَمْعٍ وَأَقَلُّ الْجَمْعِ الصَّحِيحِ ثَلَاثَةٌ إلَّا أَنَّهُ أَقَامَ الدَّلِيلَ على أَنَّ الِاثْنَيْنِ في بَابِ الْوَصِيَّةِ يَقُومَانِ مَقَامَ الثَّلَاثِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَقَامَ الثِّنْتَيْنِ من الْبَنَاتِ مَقَامَ الثَّلَاثِ مِنْهُنَّ في اسْتِحْقَاقِ الثُّلُثَيْنِ وَكَذَا الِاثْنَانِ من الاخوة وَالْأَخَوَاتِ يَقُومَانِ مَقَامَ الثَّلَاثِ في نَقْصِ حَقِّ الْأُمِّ من الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ وَلَا دَلِيلَ على قِيَامِ الْوَاحِدِ مَقَامَ الْجَمَاعَةِ
مع ما أَنَّ الْجَمْعَ مَأْخُوذٌ من الِاجْتِمَاعِ وَأَقَلُّ ما يَحْصُلُ بِهِ الِاجْتِمَاعُ اثْنَانِ وَمُرَاعَاةُ مَعْنَى الِاسْمِ وَاجِبٌ ما أَمْكَنَ
وَلَهُمَا إن هذا النَّوْعَ من الْوَصِيَّةِ وَصِيَّةٌ بِالصَّدَقَةِ وَهِيَ إلْزَامُ الْمَالِ حَقًّا لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَجِنْسُ الْفُقَرَاءِ مَصْرِفٌ ما يَجِبُ لِلَّهِ عز وجل من الْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ فَكَانَ ذِكْرُ الْفُقَرَاءِ لِبَيَانِ الْمَصْرِفِ لَا لِإِيجَابِ الْحَقِّ لهم فَيَجِبُ الْحَقُّ لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ثُمَّ يُصْرَفُ إلَى من ظَهَرَ رِضَا اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِصَرْفِ حَقِّهِ المال إلَيْهِ وقد حَصَلَ بِصَرْفِهِ إلَى فَقِيرٍ وَاحِدٍ وَلِهَذَا جَازَ صَرْفُ ما وَجَبَ من الصَّدَقَاتِ الْوَاجِبَةِ بِإِيجَابِ اللَّهِ عز وجل إلَى فَقِيرٍ وَاحِدٍ وَإِنْ كان الْمَذْكُورُ بِلَفْظِ الْجَمَاعَةِ بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { إنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ } وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عَمَّا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ على أَنَّ مُرَاعَاةَ مَعْنَى الْجَمْعِ إنَّمَا تَجِبُ عِنْدَ الْإِمْكَانِ فَأَمَّا عِنْدَ التَّعَذُّرِ فَلَا
بَلْ يُحْمَلُ اللَّفْظُ على مُطْلَقِ الْجِنْسِ كما في قَوْلِهِ وَاَللَّهِ لَا أَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ وَقَوْلِهِ إنْ كَلَّمْتُ بَنِي آدَمَ أو إنْ اشْتَرَيْتُ الْعَبِيدَ أنه يُحْمَلُ على الْجِنْسِ وَلَا يُرَاعَى فيه مَعْنَى الْجَمْعِ حتى يَحْنَثَ بِوُجُودِ الْفِعْلِ منه في وَاحِدٍ من الْجِنْسِ وَهَهُنَا لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ مَعْنَى الْجَمْعِ لِأَنَّ ذلك مِمَّا لَا غَايَةَ له وَلَا نِهَايَةَ فَيُحْمَلُ على الْجِنْسِ بِخِلَافِ ما إذَا أَوْصَى لِمَوَالِيهِ وَلَهُ مَوْلًى وَاحِدٌ أَنَّهُ لَا يُصْرَفُ كُلُّ الثُّلُثِ إلَيْهِ بَلْ نِصْفُهُ لِأَنَّ هُنَاكَ ما الْتَزَمَ الْمَالَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى عز وجل بَلْ مَلَّكَهُ لِلْمَوَالِي وهو اسْمُ جَمْعٍ فَلَا بُدَّ من اعْتِبَارِهِ
وَكَذَا ذلك الْجَمْعُ له غَايَةٌ وَنِهَايَةٌ فَكَانَ اعْتِبَارُ مَعْنَى الْجَمْعِ مُمْكِنًا فَلَا ضَرُورَةَ إلَى الْحَمْلِ على الْجِنْسِ بِخِلَافِ جَمْعِ الْفُقَرَاءِ
وَكَذَلِكَ لو أَوْصَى لِفُقَرَاءِ بَنِي فُلَانٍ دُونَ أَغْنِيَائِهِمْ وَبَنُو فُلَانٍ قَبِيلَةٌ لَا تُحْصَى وَلَا يُحْصَى فقرائهم ( ( ( فقراؤهم ) ) ) فَالْوَصِيَّةُ جَائِزَةٌ لِمَا قُلْنَا بَلْ أَوْلَى لِأَنَّهُ لَمَّا صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ لِفُقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ مع كَثْرَتِهِمْ فَلَأَنْ تَصِحَّ لِفُقَرَاءِ الْقَبِيلَةِ أَوْلَى فَإِنْ لم يَقُلْ لِفُقَرَائِهِمْ وَلَكِنَّهُ أَوْصَى لِبَنِي فُلَانٍ ولم يَزِدْ عليه فَهَذَا لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إنْ كان فُلَانٌ أَبَا قَبِيلَةٍ وَإِمَّا إنْ لم يَكُنْ أَبَا قَبِيلَةٍ بَلْ هو رَجُلٌ من الناس يُعْرَفُ بِأَبِي فُلَانٍ فَإِنْ كان أَبَا قَبِيلَةٍ مِثْلَ تَمِيمٍ وَأَسَدٍ وَوَائِلٍ فَإِنْ كان بَنُوهُ يُحْصَوْنَ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لهم لِأَنَّهُمْ إذَا كَانُوا يُحْصَوْنَ فَقَدْ قَصَدَ الْمُوصِي تَمْلِيكَ الْمَالِ منهم لَا الْإِخْرَاجَ إلَى اللَّهِ تَعَالَى فَكَانَ الْمُوصَى له بِالثُّلُثِ مَعْلُومًا فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ له كما لو أَوْصَى لِأَغْنِيَاءِ بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ يُحْصَوْنَ وَيَدْخُلُ فيه الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ إلَى أَبِ الْقَبِيلَةِ إضَافَةُ النِّسْبَةِ كَالْإِضَافَةِ إلَى الْقَبِيلَةِ أَلَا يُرَى أَنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يُقَالَ هذه الْمَرْأَةُ من بَنِي تَمِيمٍ كما يَصِحُّ أَنْ يُقَالَ هذا الرَّجُلُ من بَنِي تَمِيمٍ فَيَدْخُلُ فيه كُلُّ من يُنْتَسَبُ إلَى فُلَانٍ

ذَكَرًا كان أو أُنْثَى غَنِيًّا كان أو فَقِيرًا لِأَنَّهُ ليس في اللَّفْظِ ما ينبىء عن الْحَاجَةِ وَصَارَ كما لو أَوْصَى لِقَبِيلَةِ فُلَانٍ
وَلَوْ كان لِبَنِي فُلَانٍ مَوَالِي عَتَاقَةٌ يَدْخُلُونَ في الْوَصِيَّةِ وَكَذَا مَوَالِي مَوَالِيهِمْ وَحُلَفَائِهِمْ وَعَبِيدِهِمْ
وَكَذَا لو كان لهم مَوَالِي الْمُوَالَاةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُرَادَ من قَوْلِهِ بَنِي فُلَانٍ إذَا كان فُلَانٌ أَبَا قَبِيلَةٍ هو الْقَبِيلَةُ لَا أَبْنَاؤُهُ حَقِيقَةً فَكَانَ الْمُرَادُ منه الْمُنْتَسِبِينَ إلَى هذه الْقَبِيلَةِ وَالْمُنْتَمُونَ إلَيْهِمْ وَالْحُلَفَاءُ وَالْمَوَالِي

---

(7/343)

---

يَنْتَسِبُونَ إلَى الْقَبِيلَةِ وَيَنْتَمُونَ إلَيْهِمْ في الْعُرْفِ وَالشَّرْعِ
قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَوَالِي الْقَوْمِ منهم
وفي رِوَايَةٍ مَوَالِي الْقَوْمِ من أَنْفُسِهِمْ وَحَلِيفُهُمْ منهم
وَرُوِيَ أَنَّهُ قال في جُمْلَةِ ذلك وَعَبِيدُهُمْ منهم وَلِأَنَّ بَنِي فُلَانٍ إذَا كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ سَقَطَ اعْتِبَارُ حَقِيقَةِ الْبُنُوَّةِ فَصَارَ عِبَارَةً عَمَّنْ يَقَعُ بِهِمْ لهم التَّنَاصُرُ وَالْمَوَالِي يَقَعُ بِهِمْ لهم التَّنَاصُرُ
وَكَذَا الْحَلِيفُ وَالْعَدِيدُ إذْ الْحَلِيفُ هو الذي حَلَفَ لِلْقَبِيلَةِ أَنَّهُ يَنْصُرُهُمْ وَيَذُبُّ عَنْهُمْ كما يَذُبُّ عن نَفْسِهِ وَهُمْ حَلَفُوا له كَذَلِكَ وَالْعَدِيدُ هو الذي يَلْحَقُ بِهِمْ من غَيْرِ حَلِفٍ
وَلَوْ أَوْصَى لِقَبِيلَةِ فُلَانٍ دخل فيه الْمَوَالِي لِأَنَّ الْمُرَادَ من الْقَبِيلَةِ الَّذِينَ يُنْسَبُونَ إلَيْهِ والموالى يُنْسَبُونَ إلَيْهِ
هذا إذَا كَانُوا يُحْصَوْنَ فَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِمَا قُلْنَا في الْوَصِيَّةِ لِبَنِي فُلَانٍ بِخِلَافِ ما إذَا أَوْصَى لِبَنِي فُلَانٍ وَهُمْ يُحْصَوْنَ وَفُلَانٌ أَبٌ خَاصٌّ لهم وَلَيْسَ بِأَبِي قَبِيلَةٍ حَيْثُ كان الثُّلُثُ لِبَنِي صُلْبِهِ وَلَا يَدْخُلُ فيه مَوَالِيهِ لِأَنَّهُ ما جَرَى الْعُرْفُ هُنَاكَ أَنَّهُمْ يُرِيدُونَ بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ الْمُنْتَسِبَ إلَيْهِمْ فَبَقِيَتْ اللَّفْظَةُ مَحْمُولَةً على الْحَقِيقَةِ وَلِهَذَا لَا يَدْخُلُ في الْوَصِيَّةِ بَنُو بَنِيهِ
وَالدَّلِيلُ على التَّفْرِقَةِ بين الْفَصْلَيْنِ أَنَّ زَيْدًا لو أَعْتَقَ عَبْدًا لَا يقول الْمُعْتَقُ أنا من بَنِي زَيْدٍ إذَا كان زَيْدٌ أَبًا خَاصًّا وَإِنْ كان زَيْدٌ أَبَا قَبِيلَةٍ يقول الْمُعْتَقُ أنا من بَنِي زَيْدٍ
هذا هو الْمُتَعَارَفُ عِنْدَهُمْ وَلِأَنَّ بَنِي فُلَانٍ إذَا كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ لم تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ وَقَعَتْ لهم تَمْلِيكَ الْمَالِ منهم وَهُمْ مَجْهُولُونَ وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ هذا وَصِيَّةً بِالصَّدَقَةِ لِأَنَّهُ ليس في لَفْظِ الِابْنِ ما ينبىء عن الْحَاجَةِ لُغَةً فَلَا يَصِحُّ كما لو أَوْصَى لِلْمُسْلِمِينَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ لِجَهَالَةِ الْمِلْكِ منه ولم يُجْعَلْ وَصِيَّةً بِالصَّدَقَةِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَإِنْ كان أَبَا نَسَبٍ وهو رَجُلٌ من الناس يُعْرَفُ كَابْنِ أبي لَيْلَى وَابْنِ سِيرِينَ وَنَحْوِ ذلك فَإِنْ كَانُوا كلهم ذُكُورًا دَخَلُوا في الْوَصِيَّةِ لِأَنَّ حَقِيقَةَ اسْمِ الْبَنِينَ لِلذُّكُورِ لِأَنَّهُ جَمْعُ الِابْنِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِالْحَقِيقَةِ ما أَمْكَنَ وقد أَمْكَنَ وَإِنْ كَانُوا كلهم أَنَاثًا لَا يَدْخُلُ فيه وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يَتَنَاوَلُهُنَّ عِنْدَ انْفِرَادِهِنَّ وَإِنْ كَانُوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه
قال أبو حَنِيفَةَ وأبو يُوسُفَ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ الْوَصِيَّةُ لِلذُّكُورِ دُونَ الْإِنَاثِ
وقال مُحَمَّدٌ عليه الرَّحْمَةُ يَدْخُلُ فيه الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن

أبي حَنِيفَةَ رَوَاهُ يُوسُفُ بن خَالِدٍ السَّمْتِيُّ
وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ في شَرْحِهِ مُخْتَصَرِ الْكَرْخِيُّ الْخِلَافَ بين أبي حَنِيفَةَ وَصَاحِبِيهِ وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أن الذُّكُورَ مع الْإِنَاثِ إذَا اجْتَمَعَا غَلَبَ الذُّكُورُ الْإِنَاثَ وَيَتَنَاوَلُ اسْمَ الذُّكُورِ الذُّكُورَ وَالْإِنَاثَ وَإِنْ كان لَا يَتَنَاوَلُهُنَّ حَالَةَ الِانْفِرَادِ وَلِهَذَا تَتَنَاوَلُ الْخِطَابَاتِ التي في الْقُرْآنِ الْعَظِيمِ بِاسْمِ الْجَمْعِ الذُّكُورَ وَالْإِنَاثَ جميعا فَكَذَا في الْوَصِيَّةِ
وَلَهُمَا اعْتِبَارُ الْحَقِيقَةِ وهو أَنَّ الْبَنِينَ جَمْعُ إبْنٍ وَالِابْنُ اسْمٌ لِلذَّكَرِ حَقِيقَةً وَكَذَا الْبَنُونَ فَلَا يَتَنَاوَلُ إلَّا الذُّكُورَ وَلِهَذَا لم يَتَنَاوَلْهُنَّ حَالَةَ الِانْفِرَادِ فَكَذَا حَالَةُ الِاجْتِمَاعِ
وَهَكَذَا نَقُولُ في خِطَابَاتِ الْقُرْآنِ الْعَظِيمِ أن خِطَابَ الذُّكُورِ لَا يَتَنَاوَلُ الْإِنَاثَ بِصِيغَتِهِ بَلْ بِدَلِيلٍ زَائِدٍ
وَالدَّلِيلُ عليه ما رُوِيَ أَنَّ النِّسَاءَ شَكَوْنَ إلَى رسول اللَّهِ فَقُلْنَ يا رَسُولَ اللَّهِ إنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى يُخَاطِبُ الرِّجَالَ دُونَنَا فَنَزَلَ قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { إنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ } الْآيَةَ فَلَوْ كان خِطَابُ الرِّجَالِ يَتَنَاوَلُهُنَّ لم يَكُنْ لِشِكَايَتِهِنَّ مَعْنًى بِخِلَافِ ما إذَا كان فُلَانٌ أَبَا قَبِيلَةٍ أو بَطْنٍ أو فَخِذٍ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ إلَى الْقَبِيلَةِ وَالْبَطْنِ وَالْفَخِذِ لَا يُرَادُ بها الْأَعْيَانُ وَإِنَّمَا يُرَادُ بها الأنساب ( ( ( الإنسان ) ) ) وَهِيَ أَنْ يَكُونَ مَنْسُوبًا إلَى الْقَبِيلَةِ وَالْبَطْنِ وَالْفَخِذِ وَالذَّكَرِ وَالْأُنْثَى في النِّسْبَةِ على السَّوَاءِ وَلِهَذَا يَتَنَاوَلُ الِاسْمُ الْإِنَاثَ منهم وَإِنْ لم يَكُنْ فِيهِنَّ ذَكَرٌ وَلَا يَتَنَاوَلُ الِاسْمُ من وَلَدِ الرَّجُلِ الْمَعْرُوفِ الْإِنَاثَ اللَّاتِي لَا ذَكَرَ مَعَهُنَّ فَإِنْ كان لِفُلَانٍ بَنُو صُلْبٍ وَبَنُو ابْنٍ فَالْوَصِيَّةُ لِبَنِي الصُّلْبِ لِأَنَّهُمْ بَنُوهُ في الْحَقِيقَةِ
وَأَمَّا بَنُو الِابْنِ فَبَنُو بَنِيهِ حَقِيقَةً لَا بَنُوهُ وَإِنَّمَا يُسَمَّوْنَ بَنِيهِ مَجَازًا وَإِطْلَاقُ اللَّفْظِ يُحْمَلُ على الْحَقِيقَةِ ما أَمْكَنَ فَإِنْ لم يَكُنْ له بَنُو الصُّلْبِ فَالْوَصِيَّةُ لِبَنِي الِابْنِ لِأَنَّهُمْ بَنُوهُ مَجَازًا فَيُحْمَلُ عليه عِنْدَ تَعَذُّرِ الْعَمَلِ بِالْحَقِيقَةِ
وَأَمَّا أَبْنَاءُ الْبَنَاتِ فَلَا يَدْخُلُونَ في الْوَصِيَّةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ
وَذَكَرَ الْخَصَّافُ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ كَأَبْنَاءِ الْبَنِينَ وَسَنَذْكُرُ الْمَسْأَلَةَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَإِنْ كان له ابْنَانِ لِصُلْبِهِ فَالْوَصِيَّةُ لَهُمَا في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّ اسْمَ الْجَمْعِ في بَابِ الْوَصِيَّةِ يَتَنَاوَلُ الِاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا فَقَدْ وُجِدَ من يَسْتَحِقُّ كُلَّ الْوَصِيَّةِ فَلَا يُحْمَلُ على غَيْرِهِمْ
وَإِنْ كان له ابْنٌ وَاحِدٌ لِصُلْبِهِ صُرِفَ نِصْفُ الثُّلُثِ إلَيْهِ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ بِلَفْظِ الْجَمْعِ وَلَيْسَ في الْوَاحِدِ مَعْنَى الْجَمْعِ فَلَا يَسْتَحِقُّ الْوَاحِدُ كُلَّ الْوَصِيَّةِ بَلْ النِّصْفَ وَيُرَدُّ النِّصْفُ الْبَاقِي إلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي
وَإِنْ كان له ابْنٌ وَاحِدٌ لِصُلْبِهِ وابن



ابْنِهِ فَالنِّصْفُ لِابْنِهِ وَالْبَاقِي يُرَدُّ على وَرَثَةِ الْمُوصِي في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا النِّصْفُ لِابْنِهِ وما بَقِيَ فَلِابْنِ ابْنِهِ وَالصَّحِيحُ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ اللَّفْظَ الْوَاحِدَ لَا يُحْمَلُ على الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ في زَمَانٍ وَاحِدٍ وإذا صَارَتْ الْحَقِيقَةُ مُرَادَةً سَقَطَ الْمَجَازُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ حَمْلُ اللَّفْظِ الْوَاحِدِ على الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ في حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ اسْمٌ لِلثَّابِتِ الْمُسْتَقِرِّ

في مَوْضِعِهِ وَالْمَجَازُ ما انْتَقَلَ عن مَوْضِعِهِ وَالشَّيْءُ الْوَاحِدُ في زَمَانٍ وَاحِدٍ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ ثَابِتًا في مَحَلِّهِ وَمُنْتَقِلًا عن مَحَلِّهِ
وَلَوْ كان له بَنَاتٌ وَبَنُو ابْنٍ فَلَا شَيْءَ لِلْفَرِيقَيْنِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وفي قَوْلِهِمَا هو بَيْنَهُمْ بِالسَّوِيَّةِ لِأَنَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَلَدُ الصُّلْبِ إذَا كان حَيًّا يَسْقُطُ معه وَلَدُ الْوَلَدِ غير أَنَّ وَلَدَ الصُّلْبِ هَهُنَا الْبَنَاتُ على الِانْفِرَادِ وَاسْمُ الْبَنِينَ لَا يَتَنَاوَلُ الْبَنَاتِ على الِانْفِرَادِ فلم تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ في الْفَرِيقَيْنِ جميعا وَعَلَى أَصْلِهِمَا تُحْمَلُ الْوَصِيَّةُ على وَلَدِ الْوَلَدِ إذَا لم يجر ( ( ( يجز ) ) ) أَوْلَادُ الْوَلَدِ بِالْوَصِيَّةِ وَيَتَنَاوَلُهُمَا الِاسْمُ على الِاشْتِرَاكِ وَصَارُوا كَالْبَطْنِ الْوَاحِدِ فَيَشْتَرِكُ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ
وَلَوْ قال أَوْصَيْتُ بِثُلُثِ مَالِي لِاخوة فُلَانٍ وَهُمْ ذُكُورٌ وأناث فَهُوَ على الْخِلَافِ الذي ذَكَرْنَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ هو لِلذُّكُورِ دُونَ الْإِنَاثِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ هو بَيْنَهُمْ بِالسَّوَاءِ لَا يُزَادُ الذَّكَرُ على الْأُنْثَى وَالْحُجَجُ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ
وَلَوْ أَوْصَى لِوَلَدِ فُلَانٍ فَالذَّكَرُ فيه وَالْأُنْثَى سَوَاءٌ في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّ الْوَلَدَ اسْمٌ لِلْمَوْلُودِ وَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى
وَلَوْ كانت له امْرَأَةٌ حَامِلٌ دخل ما في بَطْنِهَا في الْوَصِيَّةِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَعَلَّقُ بِالْمَوْتِ ثُمَّ الْحَمْلُ يَدْخُلُ في الْمِيرَاثِ فَيَدْخُلُ في الْوَصِيَّةِ
فَإِنْ كان له بَنَاتٌ وَبَنُو ابْنٍ فَالْوَصِيَّةُ لِبَنَاتِهِ دُونَ بَنِي ابْنِهِ لِأَنَّ اسْمَ الْوَلَدِ لِلْبَنَاتِ بِانْفِرَادِهِنَّ حَقِيقَةٌ وَلِأَوْلَادِ الِابْنِ مَجَازٌ وَمَهْمَا أَمْكَنَ حَمْلُ اللَّفْظِ على الْحَقِيقَةِ لَا يُحْمَلُ على الْمَجَازِ فَإِنْ لم يَكُنْ له وَلَدُ صُلْبٍ فَالْوَصِيَّةُ لِوَلَدِ الِابْنِ يَسْتَوِي فيه ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِحَقِيقَةِ اللَّفْظِ فَيُعْمَلُ بِالْمَجَازِ تَصْحِيحًا لِكَلَامِ الْعَاقِلِ وَلَا يَدْخُلُ أَوْلَادُ الْبَنَاتِ في الْوَصِيَّةِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَذَكَرَ الْخَصَّافُ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ وَلَدَ الْبَنَاتِ يَدْخُلُونَ فيها كَوَلَدِ الْبَنِينَ وَذَكَرَ في السِّيَرِ الْكَبِيرِ إذَا أَخَذَ الْأَمَانَ لِنَفْسِهِ وَوَلَدِهِ لم يَدْخُلْ فيه أَوْلَادُ الْبَنَاتِ فَصَارَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ رِوَايَتَانِ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْخَصَّافِ أَنَّ الْوَلَدَ يُنْسَبُ إلَى أَبَوَيْهِ جميعا لِأَنَّهُ وَلَدُ أبيه وَوَلَدُ أُمِّهِ حَقِيقَةً لِانْخِلَاقِهِ من مَائِهِمَا جميعا ثُمَّ وَلَدُ ابْنِهِ يُنْسَبُ إلَيْهِ فَكَذَا وَلَدُ بِنْتِهِ وَلِهَذَا يُضَافُ أَوْلَادُ سَيِّدَتِنَا فَاطِمَةَ رضي اللَّهُ تعالى عنها إلَى أَبِيهَا رسول اللَّهِ وقال لِلْحَسَنِ رضي اللَّهُ عنه إنَّ ابْنِي هذا لَسَيِّدٌ وَإِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يُصْلِحُ بِهِ بين الْفِئَتَيْنِ
وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال لِلْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ رضي اللَّهُ عنهما إنَّ ابْنَيَّ لَسَيِّدَا كُهُولِ أَهْلِ الْجَنَّةِ وَكَذَا يُقَالُ لِسَيِّدِنَا عِيسَى بن مَرْيَمَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ من بَنِي آدَمَ وَإِنْ كان لَا يُنْتَسَبُ إلَيْهِ إلَّا من قِبَلِ أُمِّهِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ أَوْلَادَ الْبَنَاتِ يُنْسَبُونَ إلَى آبَائِهِمْ لَا إلَى أَبِ الْأُمِّ قال الشَّاعِرُ بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَبَاعِدِ وَأَمَّا قَوْلُهُ إنَّ الْوَلَدَ يُنْسَبُ إلَى أبيه وَإِلَى أُمِّهِ قُلْنَا نعم وَبِنْتُ الرَّجُلِ وَلَدُهُ حَقِيقَةً فَكَانَ وَلَدُهَا وَلَدَهُ حَقِيقَةً بِوَاسِطَتِهَا حتى تَثْبُتَ جَمِيعُ أَحْكَام الْأَوْلَادِ في حَقِّهِ كما تَثْبُتُ في أَوْلَادِ الْبَنِينَ إلَّا أَنَّ النَّسَبَ إلَى الْأُمَّهَاتِ مَهْجُورٌ عَادَةً فَلَا يُنْسَبُ أَوْلَادُ الْبَنَاتِ إلَى آبَاءِ الْأُمَّهَاتِ بِوَسَاطَتِهِنَّ وَلَا يَدْخُلُونَ تَحْتَ النِّسْبَةِ الْمُطْلَقَةِ وَأَوْلَادُ سَيِّدَتِنَا فَاطِمَةَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ لم تُهْجَرْ نِسْبَتُهُمْ إلَيْهَا فَيُنْسَبُونَ إلَى رسول اللَّهِ بِوَاسِطَتِهَا وَقِيلَ إنَّهُمْ خُصُّوا بِالنِّسْبَةِ إلَيْهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَشْرِيفًا وَإِكْرَامًا لهم
وقد رَوَى بَعْضُ مَشَايِخِنَا عن شَمْسِ الْأَئِمَّةِ الْحَلْوَانِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ في هذا حَدِيثًا

عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال كُلُّ بَنِي بِنْتٍ بنوا ( ( ( بنو ) ) ) أَبِيهِمْ إلَّا أَوْلَادَ فَاطِمَةَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنها فَإِنَّهُمْ أَوْلَادِي فَإِنْ لم يَكُنْ له إلَّا وَلَدٌ وَاحِدٌ فَالثُّلُثُ له سَوَاءٌ كان ذَكَرًا أو أُنْثَى لِأَنَّ اسْمَ الْوَلَدِ يَتَنَاوَلُ الْوَلَدَ الْوَاحِدَ فما زَادَ عليه حَقِيقَةً وَلَا يَتَنَاوَلُ الْجَمْعَ
قال هِشَامٌ سَأَلْتُ مُحَمَّدًا عن رَجُلٍ له ابْنٌ وَبِنْتٌ فقال أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ ابْنَيَّ ثُمَّ مَاتَ الْمُوصِي فَكَمْ يُجْعَلُ لِلْمُوصَى له قال ذلك إلَى الْوَرَثَةِ إنْ شاؤوا أَعْطَوْهُ أَقَلَّ الْأَنْصِبَاءِ قُلْت له فَإِنْ كان له ابْنَتَانِ وَابْنٌ قال فَكَذَلِكَ أَيْضًا قُلْت

---

(7/345)

---

فَإِنْ كان له ابْنَانِ وَبِنْتٌ أو ابْنَانِ وَبِنْتَانِ أو بَنُونَ وَبَنَاتٌ فقال قد أَوْصَيْت لِفُلَانٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ ابْنِي فقال يُعْطَى الْمُوصَى له في هذا نَصِيبُ ابْنٍ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّهُ إذَا قال أَحَدَ ابْنِي وَلَهُ ابْنٌ وَبِنْتٌ عُلِمَ أَنَّهُ سَمَّى الْأُنْثَى ابْنًا لِاجْتِمَاعِهَا مع الذَّكَرِ فَدَخَلَتْ في الْكَلَامِ فَكَانَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَحْمِلُوا الْوَصِيَّةَ على نَصِيبِهِمَا وإذا كان له بَنُونَ وَبَنَاتٌ أو ابْنَانِ وَبَنَاتٌ فقال أَحَدُ بَنِيَّ يَقَعُ على الذُّكُورِ فَتُحْمَلُ الْوَصِيَّةُ على نَصِيبِ وَاحِدٍ منهم دُونَ نَصِيبِ الْبَنَاتِ
قال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فإذا كان له بِنْتٌ وَابْنٌ أو ابْنٌ وَبِنْتَانِ أو ابْنٌ وَبَنَاتٌ فَالِابْنُ وَحْدَهُ لَا يَكُونُ بَنِينَ وَالْأَمْرُ على ما ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ لِأَنَّ اسْمَ الْجَمْعِ لَا يَتَنَاوَلُ الْوَاحِدَ فَلَا بُدَّ من إدْخَالِ الْإِنَاثِ معه فَحُمِلَتْ الْوَصِيَّةُ على نَصِيبِ أَحَدِهِمْ
فَهَذَا إشَارَةٌ إلَى اعْتِبَارِهِ حَقِيقَةِ اللَّفْظِ وأن الِاسْمَ يُحْمَلُ على الذُّكُورِ إلَّا عِنْدَ التَّعَذُّرِ
وَلَوْ أَوْصَى لِيَتَامَى بَنِي فُلَانٍ فَإِنْ كان يَتَامَاهُمْ يُحْصَوْنَ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّهُمْ إذَا كَانُوا يُحْصَوْنَ وَقَعَتْ الْوَصِيَّةُ لهم بِأَعْيَانِهِمْ لِكَوْنِهِمْ مَعْلُومِينَ فَأَمْكَنَ إيقَاعُهَا تَمْلِيكًا منهم فَصَحَّتْ كما لو أَوْصَى لِيَتَامَى هذه السِّكَّةِ أو هذه الدَّارِ وَيَسْتَوِي فيها الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ لِأَنَّ الْيَتِيمَ في اللُّغَةِ اسْمٌ لِمَنْ مَاتَ أَبُوهُ ولم يَبْلُغْ الْحُلُمَ وَهَذَا لَا يَتَعَرَّضُ لِلْفَقْرِ والغنا ( ( ( والغنى ) ) )
وقال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { إنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا } وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ابْتَغُوا في أَمْوَالِ الْيَتَامَى خَيْرًا كيلا تَأْكُلَهَا الصَّدَقَةُ قد سُمُّوا يَتَامَى وَإِنْ كان لهم مَالٌ
فَكُلُّ صَغِيرٍ مَاتَ أَبُوهُ يَدْخُلُ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ وَمَنْ لَا فَلَا
فَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ فَالْوَصِيَّةُ جَائِزَةٌ وَتُصْرَفُ إلَى الْفُقَرَاءِ منهم لِأَنَّهَا لو صُرِفَتْ إلَى الْأَغْنِيَاءِ لَبَطَلَتْ لِجَهَالَةِ الْمُوصَى له وَلَوْ صُرِفَتْ إلَى الْفُقَرَاءِ لَجَازَتْ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِالصَّدَقَةِ وَإِخْرَاجٌ لِلْمَالِ إلَى اللَّهِ تَعَالَى وَاَللَّهُ تَعَالَى وَاحِدٌ مَعْلُومٌ
وَأَمْكَنَ أَنْ تُجْعَلَ الْوَصِيَّةُ لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لم يَكُنْ في اللَّفْظِ ما ينبىء عن الْحَاجَةِ لُغَةً لَكِنَّهُ ينبىء عن سَبَبِ الْحَاجَةِ وَعَمَّا يُوجِبُ الْحَاجَةَ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ لِأَنَّ الصِّغَرَ وَالِانْفِرَادَ عن الْأَبِ أَعْظَمُ أَسْبَابِ الْحَاجَةِ إذْ الصَّغِيرُ عَاجِزٌ عن الِانْتِفَاعِ بِمَالِهِ وَلَا بُدَّ له مِمَّنْ يَقُومُ بِإِيصَالِ مَنَافِعِ مَالِهِ إلَيْهِ وَكَذَا هو عَاجِزٌ عن الْقِيَامِ بِحِفْظِ مَالِهِ واسْتِنْمائِهِ وَلَا بَقَاءَ لِلْمَالِ عَادَةً إلَّا بِالْحِفْظِ وَالِاسْتِنْمَاءِ وهو عَاجِزٌ

عن ذلك كُلِّهِ فَيَصِيرُ في الْحُكْمِ كَمَنْ انْقَطَعَتْ عليه مَنَافِعُ مَالِهِ بِسَبَبِ بُعْدِهِ عن مَالِهِ وهو ابن السَّبِيلِ فَصَارَ الإسم بِهَذِهِ الْوَسَاطَةِ مُنْبِئًا عن الْحَاجَةِ وَلِهَذَا الْمَعْنَى جَعَلَ اللَّهُ لِلْيَتَامَى سَهْمًا من خُمُسِ الْغَنِيمَةِ بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ من شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى } وقال تَبَارَكَ وَتَعَالَى { ما أَفَاءَ اللَّهُ على رَسُولِهِ من أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى } وَأَرَادَ بِهِ الْمُحْتَاجِينَ منهم دُونَ الْأَغْنِيَاءِ وإذا كان كَذَلِكَ أَمْكَنَ تَصْحِيحُ هذا التَّصَرُّفِ بِجَعْلِهِ إيضا ( ( ( إيصاء ) ) ) بِالصَّدَقَةِ

وَكَذَلِكَ إذَا أَوْصَى لِزَمْنَى بَنِي فُلَانٍ أو لِعُمْيَانِهِمْ لِأَنَّ الِاسْمَ يَدُلُّ على سَبَبِ الْحَاجَةِ عَادَةً وهو الزَّمَانَةُ وَالْعَمَى بِخِلَافِ ما إذَا أَوْصَى لِبَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ أنه لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَصْحِيحُهُ بِطَرِيقِ التَّمْلِيكِ بِجَهَالَةِ الموصي لهم وَلَا بِطَرِيقِ الْإِيصَاءِ بِالصَّدَقَةِ لِأَنَّهُ ليس في لَفْظِ الِابْنِ ما ينبىء عن الْحَاجَةِ وَلَا ما يُوجِبُ الْحَاجَةَ وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ على ما بَيَّنَّا فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ

ثُمَّ إذَا صَحَّتْ وَانْصَرَفَتْ الْوَصِيَّةُ إلَى الْفُقَرَاءِ من الْيَتَامَى فَإِنْ صُرِفَ إلَى اثْنَيْنِ منهم فَصَاعِدًا جَازَ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ صُرِفَ جَمِيعُ الثُّلُثِ إلَى وَاحِدٍ فَهُوَ على الْخِلَافِ الذي ذَكَرْنَا وَالْأَفْضَلُ لِلْمُوصِي أَنْ يَصْرِفَ إلَى كل من قَدَرَ منهم لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إلَى الْعَمَلِ بِحَقِيقَةِ اللَّفْظِ وَتَحْقِيقِ مَقْصُودِ الْمُوصِي

وَلَوْ أَوْصَى بِثُلُثِ ما له لِأَرَامِلِ بَنِي فُلَانٍ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ سَوَاءٌ كُنَّ يُحْصَيْنَ أو لَا يُحْصَيْنَ

أَمَّا إذَا كُنَّ يُحْصَيْنَ فَلَا يُشْكِلُ فإن الْوَصِيَّةَ وَقَعَتْ تَمْلِيكًا مِنْهُنَّ بِأَعْيَانِهِنَّ لِكَوْنِهِنَّ مَعْلُومَاتٍ

وذلك ( ( ( وكذلك ) ) ) إذَا كُنَّ لَا يُحْصَيْنَ لِأَنَّ في الِاسْمِ ما يَدُلُّ على الْحَاجَةِ لِأَنَّ الْأَرْمَلَةَ اسْمٌ لِامْرَأَةٍ بَالِغَةٍ فَارَقَتْ زَوْجَهَا بِطَلَاقٍ أو وَفَاةٍ دخل بها أو لم يَدْخُلْ

كَذَا قال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ

وقال ابن الْأَنْبَارِيُّ الْأَرْمَلَةُ التي لَا زَوْجَ لها

من قَوْلِهِمْ أَرْمَلَ الْقَوْمُ فَهُمْ مُرْمِلُونَ إذَا فَنِيَ زَادُهُمْ وَمَنْ فنى زَادُهُ كان مُحْتَاجًا فَكَانَ في الِاسْمُ ما ينبىء عن الْحَاجَةِ فَتَقَعُ وَصِيَّةً بِالصَّدَقَةِ وَإِخْرَاجُ الْمَالِ إلَى اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَاحِدٌ مَعْلُومٌ

وَهَلْ يَدْخُلُ في هذه الْوَصِيَّةِ الرِّجَالُ الَّذِينَ فَارَقُوا أَزْوَاجَهُمْ قال عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ رضي اللَّهُ عنه ( ( ( عنهم ) ) ) لَا يَدْخُلُونَ

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَدْخُلُ في كل من خَرَجَ من كَرْمَةِ فُلَانٍ ذَكَرًا كان أو أُنْثَى وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الْقُتَبِيُّ وَاحْتَجَّا بِقَوْلِ جَرِيرٍ الشَّاعِرِ

---



---

هَذِي الْأَرَامِلُ قد قَضَيْتَ حَاجَتَهَا فَمَنْ لِحَاجَةِ هذا الْأَرْمَلِ الذَّكَرِ أَطْلَقَ اسْمَ الْأَرْمَلِ على الرَّجُلِ

وَلَنَا أَنَّ حَقِيقَةَ هذا الِاسْمِ لِلْمَرْأَةِ لِمَا ذَكَرْنَا عن مُحَمَّدٍ وهو من كِبَارِ أَهْلِ اللُّغَةِ رَوَى عنه أبو عَبِيدٍ وأبو الْعَبَّاسِ ثَعْلَبٌ وَأَقْرَانُهُمْ كما رُوِينَا عن الْخَلِيلِ وَالْأَصْمَعِيِّ وَأَقْرَانِهِمَا

وقال الْخَلِيلُ يُقَالُ امْرَأَةٌ أَرْمَلَةٌ وَلَا يُقَالُ رَجُلٌ أَرْمَلُ إلَّا في الْمَلِيحِ من الشِّعْرِ وقال ابن الْأَنْبَارِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُقَالُ رَجُلٌ أَرْمَلُ إلَّا في الشِّعْرِ وَنَحْوِ ذلك وَلِأَنَّ الِاسْمَ لَمَّا كان مُشْتَقًّا من قَوْلِهِمْ أَرْمَلَ الْقَوْمُ إذَا فنى زَادُهُمْ فَالْمَرْأَةُ هِيَ الَّتِي في ( ( ( فني ) ) ) زَادُهَا بِمَوْتِ زَوْجِهَا لِأَنَّ النَّفَقَةَ على الزَّوْجِ لَا على الْمَرْأَةِ فإذا مَاتَ فَقَدْ فَنِيَ زَادُهَا وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ قَوْلَ جَرِيرٍ مَحْمُولٌ على مَلِيحِ الشِّعْرِ كما قال الْخَلِيلُ أو هو شَاذٌّ كما قال ابن الْأَنْبَارِيِّ أو لِازْدِوَاجِ الْكَلَامِ قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا }

وقال تَعَالَى { فَمِنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عليه بِمِثْلِ ما اعْتَدَى عَلَيْكُمْ }

وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ ما عُوقِبْتُمْ بِهِ } وَكَمَا قال الشَّاعِر فَإِنْ تَنْكِحِي أَنْكِحْ وَأن تَتَأَيَّمِي مدا ( ( ( مدى ) ) ) الدَّهْرِ ما لم تَنْكِحِي أَتَأَيَّمْ وَمَعْلُومٌ أَنَّ الرَّجُلَ لَا يُسَمَّى أَيِّمًا لَكِنْ أُطْلِقَ عليه لِازْدِوَاجِهِ بِقَوْلِهِ وأن تتأيمى كَذَا هَهُنَا وَإِطْلَاقُ الِاسْمِ لَا يَنْصَرِفُ إلَى ما لَا يُذْكَرُ إلَّا لِضَرُورَةِ تَمْلِيحِ الشِّعْرِ وَازْدِوَاجِ الْكَلَامِ أو في الشُّذُوذِ لِأَنَّ مُطْلَقَ الِاسْمِ يَنْصَرِفُ إلَى ما تَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْأَفْهَام وَالْأَوْهَامُ وَذَلِكَ ما قُلْنَا

وَلَوْ أَوْصَى لِأَيَامَى بَنِي فُلَانٍ فَإِنْ كُنَّ يُحْصَيْنَ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لِمَا قُلْنَا وَإِنْ كُنَّ لَا يُحْصَيْنَ لَا تَجُوزُ لِأَنَّهُ ليس في لَفْظِ الْأَيِّمِ ما ينبىء عن الْحَاجَةِ لِتُجْعَلَ وَصِيَّتَهُ بِالصَّدَقَةِ لِأَنَّ الْأَيِّمَ في اللُّغَةِ اسْمٌ لِامْرَأَةٍ جُومِعَتْ في قُبُلِهَا فارقها ( ( ( وفارقها ) ) ) زَوْجُهَا وَشَرَحَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ قال الْأَيِّمُ كُلُّ امْرَأَةٍ جُومِعَتْ بِنِكَاحٍ جَائِزٍ أو فَاسِدٍ أو فجوز ( ( ( فجور ) ) ) وَلَا زَوْجَ لها غَنِيَّةً كانت أو فَقِيرَةً صَغِيرَةً كانت أو كَبِيرَةً وَلَيْسَ في هذه الْمَعَانِي ما ينبىء عن الْحَاجَةِ فَلَا يَكُونُ إيصَاءً بِالتَّصَدُّقِ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِأَرَامِلِ بَنِي فُلَانٍ وَهُنَّ لَا يُحْصَيْنَ أنها جَائِزَةٌ لِأَنَّ اسْمَ الْأَرْمَلَةِ ينبىء عن الْحَاجَةِ على ما بَيَّنَّا فَجُعِلَ وَصِيَّةً بِالصَّدَقَةِ ثُمَّ إذَا كُنَّ يُحْصَيْنَ حتى جَازَتْ الْوَصِيَّةُ يَدْخُلُ فيها الصَّغِيرَةُ وَالْبَالِغَةُ وَالْغَنِيَّةُ وَالْفَقِيرَةُ لِأَنَّ الِاسْمَ في اللُّغَةِ لَا يَتَعَرَّضُ لِمَا سِوَى الْأُنُوثَةِ وَحُلُولِ الْجِمَاعِ بها في قُبُلِهَا وَفِرَاقِهَا زَوْجَهَا

وقال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ } وإنه يَتَنَاوَلُ الْكَبِيرَةَ وَالصَّغِيرَةَ حتى يَجُوزَ إنْكَاحُ الصِّغَارِ كما يَجُوزُ إنْكَاحُ الْكِبَارِ

وَكَذَا لَا يَتَعَرَّضُ لِلْفَقْرِ والغنا ( ( ( والغنى ) ) ) لِأَنَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى قال عز من قَائِلٍ { إنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمْ اللَّهُ من فَضْلِهِ } وَلَوْ كان مُتَعَرِّضًا لِشَيْءٍ من ذلك لم يَكُنْ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { إنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ } مَعْنًى

وَهَذَا الذي ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَيِّمَ اسْمٌ لِامْرَأَةٍ جُومِعَتْ في قُبُلِهَا فَارَقَهَا زَوْجُهَا قَوْلُ عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ

وقال أبو الْقَاسِمِ الصَّفَّارُ الْبَلْخِيّ وأبو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أن الْجِمَاعَ ليس بِشَرْطٍ لِثُبُوتِ هذا الِاسْمِ وَكَذَا الْأُنُوثَةُ بَلْ يَقَعُ هذا الِاسْمُ على الْمَدْخُولِ بها وَعَلَى الْبِكْرِ وَيَقَعُ على الرَّجُلِ كما يَقَعُ على الْمَرْأَةِ وَاحْتَجَّا بِقَوْلِ الشَّاعِرِ إنَّ الْقُبُورَ تَنْكِحُ الْأَيَامَى النِّسْوَةَ الْأَرَامِلَ الْيَتَامَى وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْقَبْرَ يَضُمُّ الْبِكْرَ إلَى نَفْسِهِ كما يَضُمُّ الثَّيِّبَ

وقال الشَّاعِرُ فَإِنْ تَنْكِحِي أَنْكِحْ وان تَتَأَيَّمِي مَدَى الدَّهْرِ ما لم تَنْكِحِي أَتَأَيَّمْ أَيْ أَمْكُثُ بِلَا زَوْجٍ ما مَكَثْتِ أَنْتِ بِلَا زَوْجٍ

وقال آخَرُ فَلَا تَنْكِحَنْ جَبَّارَةً إنَّ شَرَّهَا عَلَيْك حَرَامٌ فَانْكِحَنْ أو تَأَيَّمَا وَالْجَوَابُ أَنَّ حَقِيقَةَ اللُّغَةِ ما حَكَيْنَا عن نَقَلَةِ اللُّغَةِ وَهُمْ أَهْلُ دَقَائِقِ الْأَلْفَاظِ فَيُقْبَلُ نَقْلُهُمْ إياها ( ( ( إياه ) ) ) فِيمَا وُضِعَتْ له وما وَرَدَ في اسْتِعْمَالِ بَعْضِ الْفُصَحَاءِ مَعْدُولًا بِهِ عن تِلْكَ الْحَقَائِقِ فَحُمِلَ على الْمَجَازِ إمَّا بِطَرِيقِ الْمُقَابَلَةِ والإزدواج أو بِاعْتِبَارِ بَعْضِ الْمَعَانِي التي وُضِعَ لها الِاسْمُ

وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الْأُنُوثَةَ أَصْلٌ وَأَنَّهُ لَا يَقَعُ على الذَّكَرِ أَنَّهُ لَا يُدْخَلُ عَلَامَةُ التَّأْنِيثِ فيه
يُقَالُ امْرَأَةٌ أَيِّمٌ وَلَا يُقَالُ أَيِّمَةٌ
وَلَوْ كان الِاسْمُ يَتَنَاوَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى لَفَرَّقُوا بَيْنَهُمَا بِإِدْخَالِ عَلَامَةِ التَّأْنِيثِ في الْمَرْأَةِ
وَذَكَرَ الْفَقِيهُ أبو جَعْفَرٍ الْهِنْدُوَانِيُّ أَنَّ ما ذَكَرَ مُحَمَّدٌ في صِفَةِ الْأَيِّمِ جُومِعَتْ بِفُجُورٍ أو غَيْرِ فُجُورٍ مَذْهَبُهُمَا
فَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ التي جُومِعَتْ بِفُجُورٍ لَا تَدْخُلُ في هذه الْوَصِيَّةِ لِأَنَّ التي جُومِعَتْ بِفُجُورٍ بِكْرٌ لَا أَيِّمٌ عِنْدَهُ

---

*(7/347)*

---

حتى تُزَوَّجَ كما تُزَوَّجُ الْأَبْكَارُ عِنْدَهُ
وَمِنْهُمْ من قال هذا قَوْلُهُمْ جميعا لِأَنَّهَا أَيِّمٌ حَقِيقَةً لِوُجُودِ الْجِمَاعِ إلَّا أنها تُزَوَّجُ كما تُزَوَّجُ الْأَبْكَارُ عِنْدَهُ لِمُشَارَكَتِهَا الْأَبْكَارَ عِنْدَهُ في الْمَعْنَى الذي أُقِيمَ فيه السُّكُوتُ مَقَامَ الرِّضَا نُطْقًا في حَقِّهَا بِاعْتِبَارِ السُّكُوتِ وهو الْحَيَاءُ على ما عُرِفَ في مَسَائِلِ الْخِلَافِ
وَلَوْ أَوْصَى لِكُلِّ ثَيِّبٍ من بَنِي فُلَانٍ إنْ كُنَّ يُحْصَيْنَ صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ لِمَا ذَكَرْنَا في الْمَسَائِلِ الْمُتَقَدِّمَةِ وَيَدْخُلُ تَحْتَ هذه الْوَصِيَّةِ كُلُّ امْرَأَةٍ جُومِعَتْ بِحَلَالٍ أو حَرَامٍ لها زَوْجٌ أو لم يَكُنْ لها زَوْجٌ بَلَغَتْ مَبْلَغَ النِّسَاءِ أو لم تَبْلُغْ
كَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ
وَيَدْخُلُ فيه الْفَقِيرَةُ وَالْغَنِيَّةُ وَالصَّغِيرَةُ وَالْكَبِيرَةُ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يَتَعَرَّضُ لِذَلِكَ وقال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { ثَيِّبَاتٍ وَأَبْكَارًا } أَدْخَلَ فيه الصِّغَارَ وَالْكِبَارَ وَالْفَقِيرَاتِ وَالْغَنِيَّاتِ يَدُلُّ عليه أَنَّهُنَّ دَخَلْنَ فِيمَا يُقَابِلُهُ وهو قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَأَبْكَارًا } فَكَذَا في قَوْله تَعَالَى { ثَيِّبَاتٍ } فَدَلَّ الْأَمْرُ على اشْتِرَاطِ الدُّخُولِ لِأَنَّهُ قَابَلَ الثَّيِّبَاتِ بِالْأَبْكَارِ وَهُنَّ اللَّاتِي لم يُجَامَعْنَ فَكَانَتْ الثَّيِّبَاتُ اللَّاتِي جُومِعْنَ لِتَصِحَّ الْمُقَابَلَةُ وَلَا تُشْتَرَطُ مُفَارَقَتُهَا زَوْجَهَا بِخِلَافِ الْأَرْمَلَةِ لِأَنَّ اللُّغَةَ كَذَا تَقْتَضِي فَيُتَّبَعُ فيه وَضْعُ أَرْبَابِ اللُّغَةِ وَلَا يَدْخُلُ فيه الرَّجُلُ لِأَنَّ هذا الِاسْمَ لَا يَتَنَاوَلُ الرَّجُلَ حَقِيقَةً وَإِنْ وَرَدَ في الحديث عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَرَجْمٌ بِالْحِجَارَةِ لِأَنَّ ذلك إطْلَاقٌ بِطَرِيقِ الْمَجَازِ لِلإزدواج وَالْمُقَابَلَةِ
وَإِنْ كُنَّ لَا يُحْصَيْنَ لم تَجُزْ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّهُ ليس في الِاسْمِ ما ينبىء عن الْحَاجَةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ اسْمٌ لانثى من بَنَاتِ آدَمَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جُومِعَتْ وَلَيْسَ في الْأَوْصَافِ الْمَذْكُورَةِ في الْحَدِّ ما ينبىء عن الْحَاجَةِ فَلَا يُرَادُ بِهَذِهِ الْوَصِيَّةِ إلَّا التَّمْلِيكُ وَالْمُتَمَلِّكُ مَجْهُولٌ فَلَا يَصِحُّ
وَلَوْ أَوْصَى لِكُلِّ بِكْرٍ من بَنِي فُلَانٍ يَجُوزُ إذَا كُنَّ مَحْصُوَّاتٍ لَمَا قُلْنَا
وَيَدْخُلُ فيه الصَّغِيرَةُ وَالْكَبِيرَةُ الْغَنِيَّةُ وَالْفَقِيرَةُ إذْ الْبِكْرُ اسْمٌ لِامْرَأَةٍ لم تُجَامَعْ بِنِكَاحٍ وَلَا غَيْرِهِ كَذَا قال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَإِطْلَاقُ هذا الِاسْمِ على الذَّكَرِ في الحديث وهو قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ بِطَرِيقِ الْمَجَازِ وهو الْمَجَازُ بِطَرِيقِ الْمُقَابَلَةِ وَالِازْدِوَاجِ أو كان لها حَقِيقَةً ثُمَّ غَلَبَ اسْتِعْمَالُهُ في مُتَعَارَفِ الْخَلْقِ

على الْأُنْثَى فَصَارَ بِحَالٍ لَا تَنْصَرِفُ أَوْهَامُ الناس عِنْدَ إطْلَاقِهِ إلَّا إلَى الْأُنْثَى فَيُحْمَلُ الْحَدِيثُ على الْمَجَازِ
وَلَوْ كانت عُذْرَتُهَا زَالَتْ بِالْوُضُوءِ أو بِالْوَثْبَةِ أو بِدَرُورِ الدَّمِ تَسْتَحِقُّ الْوَصِيَّةَ لِأَنَّهَا لم تُجَامَعْ
وَمِنْ الناس من خَالَفَ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ قالوا إنَّ هذه أَيْضًا لَا تَسْتَحِقُّ الْوَصِيَّةَ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِبِكْرٍ وَالصَّحِيحُ ما ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لِمَا ذَكَرْنَا
وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التي زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِفُجُورٍ لَا تَكُونُ بِكْرًا وَلَا تَكُونُ لها وَصِيَّةٌ
وقال بَعْضُ مَشَايِخِنَا منهم الْفَقِيهُ أبو جَعْفَرٍ الْهِنْدُوَانِي رَحِمَهُ اللَّهُ إنَّ هذا قَوْلُهُمَا فَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهَا بِكْرٌ وَتَسْتَحِقُّ الْوَصِيَّةَ
وَمِنْهُمْ من قال لَا خِلَافَ في أنها لَا تَسْتَحِقُّ الْوَصِيَّةَ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِبِكْرٍ حَقِيقَةً لِعَدَمِ حَدِّ الْبَكَارَةِ وَإِنَّمَا تُزَوَّجُ تَزَوُّجَ الْأَبْكَارِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِمَا ذَكَرْنَا

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ
وَلَوْ أَوْصَى لِذَوِي قَرَابَتِهِ أو قَرَابَاتِهِ أو لِأَنْسَابِهِ أو لِأَرْحَامِهِ أو لِذَوِي أَرْحَامِهِ هذه الْأَلْفَاظُ الْخَمْسَةُ سَوَاءٌ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ الْوَصِيَّةُ بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ لِلْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ
فَالْحَاصِلُ أَنَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ يُعْتَبَرُ في هذه الْوَصِيَّةِ خَمْسَةُ أَشْيَاءَ الرَّحِمُ الْمَحْرَمُ وَالْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ وَجَمْعُ الْوَصِيَّةِ وهو اثْنَانِ فَصَاعِدًا وَأَنْ يَكُونَ سِوَى الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودِينَ وَأَنْ يَكُونَ مِمَّنْ لَا يَرِثُ وَعِنْدَهُمَا يَدْخُلُ في هذه الْوَصِيَّةِ ذوا ( ( ( ذو ) ) ) الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ وَالْقَرِيبُ وَالْبَعِيدُ إلَى أَقْصَى أَبٍ له في الْإِسْلَامِ حتى لو أَوْصَى لِلْعَلَوِيَّةِ وَالْعَبَّاسِيَّةِ يُصْرَفُ الثُّلُثُ إلَى من اتَّصَلَ بِسَيِّدِنَا عَلِيٍّ وَبِسَيِّدِنَا الْعَبَّاسِ رضي اللَّهُ عنهما لَا إلَى من فَوْقَهُمَا من الْآبَاءِ وَلَا خِلَافَ في اعْتِبَارِ الْأَوْصَافِ الثَّلَاثَةِ وَهِيَ اعْتِبَارُ جَمْعِ الْوَصِيَّةِ وَأَنْ لَا يَكُونَ وَالِدًا وَلَا وَلَدًا وَأَنْ يَكُونَ مِمَّنْ لَا يَرِثُ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّ لَفْظَ ذَوِي لَفْظُ جَمْعٍ وَأَقَلُّ الْجَمْعِ في بَابِ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ وفي بَابِ الْمِيرَاثِ كَذَلِكَ فإن الثِّنْتَيْنِ من الْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ أُلْحِقَتَا بِالثَّلَاثِ فَصَاعِدًا في اسْتِحْقَاقِ الثُّلُثَيْنِ وَحَجْبُ الْأُمِّ من الثُّلُثِ إلَى السُّدُسِ على ما مَرَّ حتى لو أَوْصَى لِذَوِي قَرَابَتِهِ اسْتَحَقَّ الْوَاحِدُ فَصَاعِدًا كُلَّ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّ ذِي ليس بِلَفْظِ جَمْعٍ
وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ الْوَالِدَ وَالْوَلَدَ لَا يُسَمَّيَانِ قَرَابَتَيْنِ عُرْفًا وَحَقِيقَةً أَيْضًا لِأَنَّ الْأَبَ أَصْلٌ وَالْوَلَدَ فَرْعُهُ وَجُزْؤُهُ وَالْقَرِيبُ من يَقْرُبُ من غَيْرِهِ من نَفْسِهِ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الْقَرِيبِ
وقال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ } عَطَفَ الْأَقْرَبَ على الْوَالِدِ وَالْعَطْفُ يَقْتَضِي الْمُغَايِرَةَ في الْأَصْلِ وإذا لم يَدْخُلْ الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ

---



---

في هذه الْوَصِيَّةِ فَهَلْ يَدْخُلُ فيها الْجَدُّ وَوَلَدُ الْوَلَدِ ذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ أَنَّهُمَا يَدْخُلَانِ ولم يذكر فيه خِلَافًا
ووذكر ( ( ( وذكر ) ) ) الْحَسَنُ بن زِيَادٍ عن أبي حَنِيفَةَ رحمهم ( ( ( رحمه ) ) ) اللَّهُ أَنَّهُمَا لَا يَدْخُلَانِ

وَهَكَذَا رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْجَدَّ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ وَوَلَدَ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ فإذا لم يَدْخُلْ فيها الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ كَذَا الْجَدُّ وَوَلَدُ الْوَلَدِ وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِمَا رُوِينَا عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ وَإِنَّمَا الْخِلَافُ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْمَحْرَمُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يُعْتَبَرُ

وَالثَّانِي أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ عِنْدَهُ

وَعِنْدَهُمَا لَا يُعْتَبَرُ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْقَرِيبَ اسْمٌ مُشْتَقٌّ من مَعْنَى وهو الْقُرْبُ وقد وُجِدَ الْقُرْبُ فَيَتَنَاوَلُ الرَّحِمَ الْمَحْرَمَ وَغَيْرَهُ وَالْقَرِيبَ وَالْبَعِيدَ وَصَارَ كما لو أَوْصَى لأخوته أَنَّهُ يَدْخُلُ الْإِخْوَةُ لِأَبٍ وَأُمٍّ والأخوة لِأَبٍ وَالْإِخْوَةُ لِأُمٍّ لِكَوْنِهِ اسْمًا مُشْتَقًّا من الْأُخُوَّةِ

كَذَا هذا

وَالدَّلِيلُ عليه ما رُوِيَ عن أبي هُرَيْرَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ لَمَّا نَزَلَ قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ } جَمَعَ رسول اللَّهِ قُرَيْشًا فَخَصَّ وَعَمَّ فقال يا مَعْشَرَ قُرَيْشٍ أَنْقِذُوا أَنْفُسَكُمْ من النَّارِ فَإِنِّي لَا أَمْلِكُ لَكُمْ من اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ضَرًّا وَلَا نَفْعًا يا مَعْشَرَ بَنِي قُصَيٍّ أَنْقِذُوا أَنْفُسَكُمْ من النَّارِ فَإِنِّي لَا أَمْلِكُ لَكُمْ من اللَّهِ عز شَأْنُهُ ضَرًّا وَلَا نَفْعًا وَكَذَلِكَ قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِبَنِي عبد الْمُطَّلِبِ وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ كان فِيهِمْ الْأَقْرَبُ وَالْأَبْعَدُ وَذُو الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ وَغَيْرُ الْمَحْرَمِ فَدَلَّ أَنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُ كُلَّ قَرِيبٍ إلَّا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْعَمَلُ بِعُمُومِهِ لِتَعَذُّرِ إدْخَالِ أَوْلَادِ سَيِّدِنَا آدَمَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فيه فَتُعْتَبَرُ النِّسْبَةُ إلَى أَقْصَى أَبٍ في الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُ لَمَّا وَرَدَ الْإِسْلَامُ صَارَتْ الْمَعْرِفَةُ بِالْإِسْلَامِ وَالشَّرَفُ بِهِ فَصَارَ الْجَدُّ الْمُسْلِمُ هو النَّسَبُ فَتَشَرَّفُوا بِهِ فَلَا يُعْتَبَرُ من كان قَبْلَهُ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَمَّا كانت بِاسْمِ الْقَرَابَةِ أو الرَّحِمِ فَالْقَرَابَةُ الْمُطْلَقَةُ هِيَ قَرَابَةُ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ وَلِأَنَّ مَعْنَى الِاسْمِ يَتَكَامَلُ بها وَأَمَّا في غَيْرِهَا من الرَّحِمِ غَيْرِ الْمَحْرَمِ فَنَاقِصٌ فَكَانَ الِاسْمُ لِلرَّحِمِ الْمُحْرَمِ لَا لِغَيْرِهِ لِأَنَّهُ لو كان حَقِيقَةً لِغَيْرِهِ فإما أَنْ يُعْتَبَرَ الِاسْمُ مُشْتَرَكًا أو عَامًّا وَلَا سَبِيلَ إلَى الِاشْتِرَاكِ لِأَنَّ الْمَعْنَى مُتَجَانِسٌ وَلَا إلَى الْعُمُومِ لِأَنَّ الْمَعْنَى مُتَفَاوِتٌ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ الِاسْمُ لِمَا قُلْنَا حَقِيقَةً وَلِغَيْرِهِ مَجَازًا بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِإِخْوَتِهِ لِأَنَّ مَأْخَذَ الِاسْمِ وهو الأخوة لَا يَتَفَاوَتُ فَكَانَ اسْمًا عَامًّا فَيَتَنَاوَلُ الْكُلَّ

وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ على ما بَيَّنَّا

وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ من هذه الْوَصِيَّةِ هو صِلَةُ الْقَرَابَةِ وَهَذِهِ الْقَرَابَةُ هِيَ وَاجِبَةُ الْوَصْلِ مُحَرَّمَةُ الْقَطْعِ لَا تِلْكَ

وَالظَّاهِرُ من حَالِ الْمُسْلِمِ الدَّيِّنِ الْمُسَارَعَةُ إلَى إقَامَةِ الْوَاجِبِ فَيُحْمَلُ مُطْلَقُ اللَّفْظِ عليه بِخِلَافِ ما إذَا أَوْصَى لِإِخْوَتِهِ لِأَنَّ قَرَابَةَ الأخوة وَاجِبَةُ الْوَصْلِ مُحَرَّمَةُ الْقَطْعِ على اخْتِلَافِ جِهَاتِهَا فَهُوَ الْفَرْقُ بين الْفَصْلَيْنِ

وَجَوَابُ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ على زَعْمِهِمَا كان يَسْتَقِيمُ في زَمَانِهِمَا لِأَنَّ أَقْصَى أَبٍ في الْإِسْلَامِ كان قَرِيبًا يَصِلُ إلَيْهِ بِثَلَاثَةِ آبَاءٍ أو أَرْبَعَةِ آبَاءٍ فَكَانَ الْمُوصَى له مَعْلُومًا

فَأَمَّا في زَمَانِنَا فَلَا يَسْتَقِيمُ لِأَنَّ عَهْدَ الْإِسْلَامِ قد طَالَ فَتَقَعُ الْوَصِيَّةُ لِقَوْمٍ مَجْهُولِينَ فَلَا تَصِحُّ إلَّا أنا نَقُولَ إنه يُصْرَفُ إلَى أَوْلَادِ أبيه وَأَوْلَادِ جَدِّهِ وَأَوْلَادِ جَدِّ أبيه وَإِلَى أَوْلَادِ أُمِّهِ وَأَوْلَادِ جَدَّتِهِ وَجَدَّةِ أُمِّهِ لِأَنَّ هذا الْقَدْرَ قد يَكُونُ مَعْلُومًا فَيُصْرَفُ إلَيْهِمْ

فَأَمَّا الزِّيَادَةُ على ذلك فَلَا

وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَإِنْ تَرَكَ عَمَّيْنِ وَخَالَيْنِ وَهُمْ لَيْسُوا بِوَرَثَتِهِ بِأَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنًا وَعَمَّيْنِ وَخَالَيْنِ فَالْوَصِيَّةُ لِلْعَمَّيْنِ لَا لِلْخَالَيْنِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ وَالْعَمَّانِ أَقْرَبُ إلَيْهِ من الْخَالَيْنِ فَكَانَا أَوْلَى بِالْوَصِيَّةِ
وَعِنْدَهُمَا الْوَصِيَّةُ تَكُونُ بين الْعَمَّيْنِ وَالْخَالَيْنِ أَرْبَاعًا لِأَنَّ الْقَرِيبَ وَالْبَعِيدَ سَوَاءٌ عِنْدَهُمَا
وَلَوْ كان له عَمٌّ وَاحِدٌ وَخَالَانِ فَلِلْعَمِّ نِصْفُ الثُّلُثِ وَلِلْخَالَيْنِ النِّصْفُ الْآخَرُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ حَصَلَتْ بِاسْمِ الْجَمْعِ وَأَقَلُّ من يَدْخُلُ تَحْتَ اسْمِ الْجَمْعِ في الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ فَلَا يَسْتَحِقُّ الْعَمُّ الْوَاحِدُ أَكْثَرَ من نِصْفِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّ أَقَلَّ من يَنْضَمُّ إلَيْهِ مِثْلُهُ
وإذا اسْتَحَقَّ هو النِّصْفَ بَقِيَ النِّصْفُ الْآخَرُ لَا مُسْتَحِقَّ له أَقْرَبَ من الْخَالَيْنِ فَكَانَ لَهُمَا وَعِنْدَهُمَا يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا لِاسْتِوَاءِ الْكُلِّ في الِاسْتِحْقَاقِ فَإِنْ كان له عَمٌّ وَاحِدٌ ولم يَكُنْ له غَيْرُهُ من ذَوِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ فَنِصْفُ الثُّلُثِ لِعَمِّهِ وَالنِّصْفُ يُرَدُّ على وَرَثَةِ الْمُوصِي عِنْدَهُ
لِأَنَّ الْعَمَّ الْوَاحِدَ لَا يَسْتَحِقُّ أَكْثَرَ من النِّصْفِ فَبَقِيَ النِّصْفُ الْآخَرُ لَا مُسْتَحِقَّ له فَتَبْطُلُ فيه الْوَصِيَّةُ
وَعِنْدَهُمَا يُصْرَفُ النِّصْفُ الْآخَرُ إلَى ذِي الرَّحِمِ الذي ليس بِمَحْرَمٍ
وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ بَيْتِهِ يَدْخُلُ فيه من جَمْعِهِ آبَاؤُهُمْ أَقْصَى أَبٍ في الْإِسْلَامِ حتى أَنَّ الْمُوصِيَ لو كان عَلَوِيًّا يَدْخُلُ في هذه الْوَصِيَّةِ كُلُّ من يُنْسَبُ إلَى سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ

---



---

عنه من قِبَلِ الْأَبِ وَإِنْ كان عَبَّاسِيًّا يَدْخُلُ فيها كُلُّ من يُنْسَبُ إلَى الْعَبَّاسِ رضي اللَّهُ عنه من قِبَلِ الْأَبِ سَوَاءٌ كان بِنَفْسِهِ ذَكَرًا أو أُنْثَى بَعْدَ أن كانت نِسْبَتُهُ إلَيْهِ من قِبَلِ الْآبَاءِ وَلَا يَدْخُلُ من كانت نِسْبَتُهُ من قِبَلِ الْأُمِّ لِأَنَّ الْمُرَادَ من أَهْلِ الْبَيْتِ أَهْلُ بَيْتِ النَّسَبِ وَالنَّسَبُ إلَى الْآبَاءِ وَأَوْلَادِ النِّسَاءِ آبَاؤُهُمْ قَوْمٌ آخَرُونَ فَلَا يَكُونُ من أَهْلِ بَيْتِهِ وَيَدْخُلُ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ لِأَهْلِ بَيْتِهِ أَبُوهُ وَجَدُّهُ إذَا كان مِمَّنْ لَا يَرِثُ لِأَنَّ بَيْتَ الْإِنْسَانِ أَبُوهُ وَمَنْ يُنْسَبُ إلَى بَيْتِهِ فَالْأَبُ أَصْلُ الْبَيْتِ فَيَدْخُلُ في الْوَصِيَّةِ
وَلَا يَدْخُلُ في الْوَصِيَّةِ بِالْقَرَابَةِ لِأَنَّ الْقَرَابَةَ من تَقَرَّبَ إلَى الْإِنْسَانِ بِغَيْرِهِ لَا بِنَفْسِهِ وَذَلِكَ لَا يُوجَدُ في أَبٍ
وَكَذَلِكَ لو أَوْصَى لِنَسَبِهِ أو حَسَبِهِ فَهُوَ على قَرَابَتِهِ الَّذِينَ يُنْسَبُونَ إلَى أَقْصَى أَبٍ له في الْإِسْلَامِ حتى لو كان آبَاؤُهُ على غَيْرِ دِينِهِ دَخَلُوا في الْوَصِيَّةِ لِأَنَّ النَّسَبَ عِبَارَةٌ عَمَّنْ يُنْسَبُ إلَى الْأَبِ دُونَ الْأُمِّ وَكَذَلِكَ الْحَسَبُ فإن الْهَاشِمِيَّ إذَا تَزَوَّجَ أَمَةً فَوَلَدَتْ منه يُنْسَبُ الْوَلَدُ إلَيْهِ لَا إلَى أُمِّهِ وَحَسْبُهُ أَهْلُ بَيْتِ أبيه دُونَ أُمِّهِ فَثَبَتَ أَنَّ النَّسَبَ وَالْحَسَبَ يَخْتَصُّ بِالْأَبِ دُونَ الْأُمِّ
وَكَذَلِكَ إذَا أَوْصَى لِجِنْسِ فُلَانٍ فَهُمْ بَنُو الْأَبِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ وَلَا يَتَجَنَّسُ بِأُمِّهِ فَكَانَ الْمُرَادُ منه جِنْسَهُ في النَّسَبِ
وَكَذَلِكَ اللُّحْمَةُ عِبَارَةٌ عن الْجِنْسِ
وَذَكَر الْمُعَلَّى عن أبي يُوسُفَ إذَا أَوْصَى لِقَرَابَتِهِ فَالْقَرَابَةُ من قِبَلِ الْأَبِ وَالْأُمِّ

وَالْجِنْسُ وَاللُّحْمَةُ من قِبَلِ الْأَبِ لِأَنَّ الْقَرَابَةَ من يَتَقَرَّبُ إلَى الْإِنْسَانِ بِغَيْرِهِ
وَهَذَا الْمَعْنَى يُوجَدُ في الطَّرَفَيْنِ بِخِلَافِ الْجِنْسِ على ما بَيَّنَّا
وَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ لِآلِ فُلَانٍ هو بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ لِأَهْلِ بَيْتِ فُلَانٍ فَلَا يَدْخُلُ أَحَدٌ من قَرَابَةِ الْأُمِّ في هذه الْوَصِيَّةِ
وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ فُلَانٍ فَالْوَصِيَّةُ لِزَوْجَةِ فُلَانٍ خَاصَّةً في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ
وَعِنْدَهُمَا هذا على جَمِيعِ من يَعُولُهُمْ فُلَانٌ مِمَّنْ تَضُمُّهُ نَفَقَتُهُ من الْأَحْرَارِ
فَيَدْخُلُ فيه زَوْجَتُهُ وَالْيَتِيمُ في حِجْرِهِ وَالْوَلَدُ إذَا كان يَعُولُهُ فَإِنْ كان كَبِيرًا قد اعْتَزَلَ عنه أو كان بِنْتًا قد تَزَوَّجَتْ فَلَيْسَ من أَهْلِهِ وَلَا يَدْخُلُ فيه مَمَالِيكُهُ وَلَا وَارِثُ الْمُوصِي وَلَا الموصي لِأَهْلِهِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْأَهْلَ عِبَارَةٌ عَمَّنْ يُنْفَقُ عليه قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى خَبَرًا عن نَبِيِّهِ سَيِّدِنَا نُوحٍ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { إنَّ ابْنِي من أَهْلِي } وقال تَبَارَكَ وَتَعَالَى في قِصَّةِ لُوطٍ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { فَنَجَّيْنَاهُ وَأَهْلَهُ } وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْأَهْلَ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ يُرَادُ بِهِ الزَّوْجَةُ في مُتَعَارَفِ الناس يُقَال فُلَانٌ مُتَأَهِّلٌ وَفُلَانٌ لم يَتَأَهَّلْ وَفُلَانٌ له أَهْلٌ وَفُلَانٌ ليس له أَهْلٌ وَيُرَادُ بِهِ الزَّوْجَةُ فَتُحْمَلُ الْوَصِيَّةُ على ذلك وَلَا يَدْخُلُ فيه الْمَمَالِيكُ لِأَنَّهُمْ لَا يُسَمَّوْنَ أَهْلَ الْمَوْلَى وَلَا يَدْخُلُ فيه وَارِثُ الْمُوصِي لِأَنَّهُ إنْ خَرَجَ منه لَا يَدْخُلُ فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ أَوْلَى وَلَا يَدْخُلُ فُلَانٌ الذي أَوْصَى لِأَهْلِهِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ وَقَعَتْ لِلْمُضَافِ إلَيْهِ وَالْمُضَافُ غَيْرُ الْمُضَافِ إلَيْهِ فَلَا يَدْخُلُ في الْوَصِيَّةِ كما لو أَوْصَى لِوَلَدِ فُلَانٍ أن فُلَانًا لَا يَدْخُلُ في الْوَصِيَّةِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِإِخْوَتِهِ وَلَهُ ست ( ( ستة ) ) أخوة مُتَفَرِّقَةٍ وَلَهُ أَوْلَادٌ يَحُوزُونَ مِيرَاثَهُ فَالثُّلُثُ بين أخوته سَوَاءٌ لِأَنَّهُمْ في اسْتِحْقَاقِ الِاسْمِ سَوَاءٌ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِأَقْرِبَاءِ فُلَانٍ أَنَّهُ يُصْرَفُ إلَى الْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْقَرَابَةَ تَحْتَمِلُ التَّفَاوُتَ في الْقُرْبِ وَالْبُعْدِ وَأَمَّا الإخوة فَلَا تَحْتَمِلُ التَّفَاوُتَ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ هذا أَقْرَبُ من فُلَانٍ وَلَا يُقَالُ هذا أَكْثَرُ إخوة من فُلَانٍ
هذا إذَا كان له وَلَدٌ يَحُوزُ مِيرَاثَهُ فَإِنْ لم يَكُنْ فَلَا شَيْءَ لِلْإِخْوَةِ من الْأَبِ وَالْأُمِّ والإخوة من الْأُمِّ لِأَنَّهُمْ وَرَثَةٌ وَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ وللأخوة من قِبَلِ الْأَبِ ثُلُثُ ذلك الثُّلُثِ لِأَنَّهُمْ لَا يَرِثُونَ وَلَا يُقَالُ إذَا لم تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ للأخوة لِأَبٍ وَأُمٍّ وَلِلْإِخْوَةِ لِأُمٍّ يَنْبَغِي أَنْ يُصْرَفَ كُلُّ الثُّلُثِ إلَى الأخوة لِلْأَبِ لِأَنَّا نَقُولُ نعم
هَكَذَا لو لم تَصِحَّ الْإِضَافَة إلَى الْإِخْوَةِ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَإِلَى الْإِخْوَةِ لِأُمٍّ وَالْإِضَافَةُ إلَيْهِمْ وَقَعَتْ صَحِيحَةً بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لهم وَصَارَ هذا كَرَجُلٍ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِثَلَاثَةِ نَفَرٍ فَمَاتَ اثْنَانِ منهم قبل مَوْتِ الموصى فَلِلْبَاقِي منهم ثُلُثُ الثُّلُثِ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ إلَيْهِمْ وَقَعَتْ صَحِيحَةً
كَذَا هذا بِخِلَافِ ما إذَا أَوْصَى لِفُلَانٍ وَفُلَانٍ وَأَحَدُهُمَا مَيِّتٍ لِأَنَّ هُنَاكَ الْإِضَافَةَ لم تَصِحَّ لِأَنَّ الْمَيِّتَ ليس بِمَحَلٍّ لِلْوَصِيَّةِ أَصْلًا فلم يَدْخُلْ تَحْتَ الْإِضَافَةِ
قال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ في رَجُلٍ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ في الصِّلَةِ وَلَهُ أخوة وَأَخَوَاتٌ وَبَنُو أَخٍ وَبَنُو أُخْتٍ يُوضَعُ الثُّلُثُ في جَمِيعِ قَرَابَتِهِ من هَؤُلَاءِ وَمَنْ وُلِدَ منهم بَعْدَ مَوْتِهِ لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ لِأَنَّ الصِّلَةَ يُرَادُ بها صِلَةُ الرَّحِمِ فَكَأَنَّهُ نَصَّ عليه وَمَنْ وُلِدَ منهم لِأَقَلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ عُلِمَ أَنَّهُ كان مَوْجُودًا يوم مَوْتِ الْمُوصِي فَيَدْخُلُ في الْوَصِيَّةِ
وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ

---

اللَّهُ في الزِّيَادَاتِ إذَا أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِأَخْتَانِهِ ثُمَّ مَاتَ فَالْأَخْتَانُ أَزْوَاجُ الْبَنَاتِ وَالْأَخَوَات وَالْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ فَكُلُّ امْرَأَةٍ ذَاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الْمُوصِي فَزَوْجُهَا من أَخْتَانِهِ وَكُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ من زَوْجِهَا من ذَكَرٍ وَأُنْثَى فَهُوَ أَيْضًا من أَخْتَانِهِ وَلَا يَكُونُ الْأَخْتَانُ إلَّا أَزْوَاجَ ذَوَاتِ الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ وَمَنْ كان من قِبَلِهِمْ من ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ وَلَا يَكُونُ من الْأَخْتَانِ من كان من قِبَلِ نِسَاءِ الْمُوصِي أَيْ زَوْجَاتِهِ لِأَنَّ من يُنْسَبُ إلَى الزَّوْجَةِ فَهُوَ صِهْرٌ وَلَيْسَ بِخَتَنٍ على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ حُجَّةٌ في اللُّغَةِ

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْإِمْلَاءِ أَيْضًا إذَا قال قد أَوْصَيْتُ لِأَخْتَانِي فَأَخْتَانُهُ أَزْوَاجُ كل ذَاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الزَّوْجِ فَإِنْ كانت له أُخْتٌ وَبِنْتُ أُخْتٍ وَخَالَةٌ وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ زَوْجٌ وَلِزَوْجِ كل وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ أَبٌ فَكُلُّهُمْ جميعا أَخْتَانٌ وَالثُّلُثُ بَيْنَهُمْ بِالسَّوِيَّةِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فيه سَوَاءٌ أُمُّ الزَّوْجِ وَأَخْتَانُهُ وَغَيْرُ ذلك فيه سَوَاءٌ على ما بَيَّنَّا فَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في مَوْضِعَيْنِ على أَنَّ الْأَخْتَانَ ما ذُكِرَ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ حُجَّةٌ في اللُّغَةِ

وقال في الْإِمْلَاءِ إذَا قال أَوْصَيْتُ بِثُلُثِ مَالِي لِأَصْهَارِي فَهُوَ على كل ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ من زَوْجَتِهِ وَزَوْجَةِ أبيه وَزَوْجَةِ ابْنِهِ وَزَوْجَةِ كل ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه فَهَؤُلَاءِ كلهم أَصْهَارُهُ وَلَا تَدْخُلُ في ذلك الزَّوْجَةُ وَلَا امْرَأَةُ أبيه وَلَا امْرَأَةُ أَخِيهِ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ حُجَّةٌ في اللُّغَةِ

وَالدَّلِيلُ أَيْضًا على أَنَّ الْأَصْهَارَ من كان من أَهْلِ الزَّوْجَةِ ما رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَّا أَعْتَقَ صَفِيَّةَ وَتَزَوَّجَهَا أَعْتَقَ من مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منها إكْرَامًا لها وَكَانُوا يُسَمَّوْنَ أَصْهَارَهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ

وقال في الْإِمْلَاءِ قال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه إذَا أَوْصَى فقال ثُلُثُ مَالِي لِجِيرَانِي فَهُوَ لِجِيرَانِهِ الْمُلَاصِقِينَ لِدَارِهِ من السُّكَّانِ عَبِيدًا كَانُوا أو أَحْرَارًا نِسَاءً كَانُوا أو رِجَالًا ذِمَّةً كَانُوا أو مُسْلِمِينَ بِالسَّوِيَّةِ قَرُبَتْ الْأَبْوَابُ أو بَعُدَتْ إذَا كَانُوا مُلَاصِقِينَ لِلدَّارِ

وَعِنْدَهُمَا الثُّلُثُ لِهَؤُلَاءِ الَّذِينَ ذَكَرَهُمْ أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَلِغَيْرِهِمْ من الْجِيرَانِ

من أَهْلِ الْمَحَلَّةِ مِمَّنْ يَضُمُّهُمْ مَسْجِدٌ أو جَمَاعَةٌ وَاحِدَةٌ وَدَعْوَةٌ وَاحِدَةٌ فَهَؤُلَاءِ جِيرَانُهُ في كَلَامِ الناس

وقال في الزِّيَادَاتِ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه إذَا أَوْصَى لِجِيرَانِهِ فَقِيَاسُهُ أَنْ يَكُونَ لِلْمُلَاصِقِينَ وَقَوْلُ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الثُّلُثُ لِلسُّكَّانِ وَغَيْرِهِمْ مِمَّنْ يَسْكُنُ تِلْكَ الدُّورَ التي تَجِبُ لاجلها الشُّفْعَةُ وَمَنْ كان منهم له دَارٌ في تِلْكَ الدُّورِ وَلَيْسَ بِسَاكِنٍ فيها فَلَيْسَ من جِيرَانِهِ

قال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فَأَمَّا أنا فَأَسْتَحْسِنُ أَنْ أَجْعَلَ الْوَصِيَّةَ لِجِيرَانِهِ الْمُلَاصِقِينَ مِمَّنْ يَمْلِكُ الدُّورَ وَغَيْرِهِمْ مِمَّنْ لَا يَمْلِكُهَا وَلِمَنْ يَجْمَعُهُ مَسْجِدُ تِلْكَ الْمَحَلَّةِ التي فيها الْمُوصِي من الْمُلَاصِقِينَ وَغَيْرِهِمْ السُّكَّانِ مِمَّنْ في تِلْكَ الْمَحَلَّةِ وَغَيْرِهِمْ سَوَاءٌ في الْوَصِيَّةِ الْأَقْرَبُونَ وَالْأَبْعَدُونَ وَالْكَافِرُ وَالْمُسْلِمُ وَالصَّبِيُّ وَالْمَرْأَةُ في ذلك سَوَاءٌ وَلَيْسَ لِلْمَمَالِيكِ وَالْمُدَبَّرِينَ وَأُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ في ذلك شَيْءٌ

وَأَمَّا الْمُكَاتَبُونَ فَهُمْ في الْوَصِيَّةِ إذَا كَانُوا سُكَّانًا في الْمَحَلَّةِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن اسْمَ الْجَارِ كما يَقَعُ على الْمُلَاصِقِ يَقَعُ على الْمُقَابِلِ وَغَيْرِهِ مِمَّنْ يَجْمَعُهُمَا مَسْجِدٌ وَاحِدٌ فإن كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسَمَّى جَارًا

وقال عليه الصلاة والسلام لَا صَلَاةَ لِجَارِ الْمَسْجِدِ إلَّا في الْمَسْجِدِ

وَرُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عَلِيًّا رضي اللَّهُ عنه فَسَّرَ ذلك فقال هُمْ الَّذِينَ يَجْمَعُهُمْ مَسْجِدٌ وَاحِدٌ
وَلِأَنَّ مَقْصُودَ الْمُوصِي من الْوَصِيَّةِ لِلْجَارِ هو الْبِرُّ بِهِ وَالْإِحْسَانُ إلَيْهِ وأنه لَا يَخْتَصُّ بِالْمُلَاصِقِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْجِوَارَ الْمُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إلَى الْحَقِيقَةِ وَهِيَ الِاتِّصَالُ بين الْمِلْكَيْنِ بِلَا حَائِلٍ بَيْنَهُمَا هو حَقِيقَةُ الْمُجَاوَرَةِ
فَأَمَّا مع الْحَائِلِ فَلَا يَكُونُ مُجَاوِرًا حَقِيقَةً
وَلِهَذَا وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ لِلْمُلَاصِقِ لَا لِلْمُقَابِلِ لِأَنَّهُ ليس بِجَارٍ حَقِيقَةً
وَمُطْلَقُ الِاسْمِ مَحْمُولٌ على الْحَقِيقَةِ وَلِأَنَّ الْجِيرَانَ الْمُلَاصِقِينَ هُمْ الَّذِينَ يَكُونُ لِبَعْضِهِمْ على بَعْضٍ حُقُوقٌ يَلْزَمُ الْوَفَاءُ بها حَالَ حَيَاتِهِمْ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهَذِهِ الْوَصِيَّةِ قَضَاءَ حَقٍّ كان عليه
وإذا كان كَذَلِكَ فَتَنْصَرِفُ الْوَصِيَّةُ إلَى الْجِيرَانِ الْمُلَاصِقِينَ إلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ من السُّكْنَى في الْمِلْكِ الْمُلَاصِقِ لِمِلْكِ الْمُوصِي فإذا وُجِدَ ذلك صَارَ كَأَنَّهُ جَارٌ له فَيَسْتَحِقُّ الْوَصِيَّةَ
وَالْمَذْكُورُ في الحديث جَارُ الْمَسْجِدِ وَجَارُ الْمَسْجِدِ فَسَّرَهُ عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه
فإذا أَوْصَى لِمَوَالِي فُلَانٍ وهو أبو فَخِذٍ أو قَبِيلَةٍ أو لِبَنِي فُلَانٍ فإنه يَصِيرُ كَأَنَّهُ قال لِمَوَالِي قَبِيلَةِ فُلَانٍ وَلِبَنِي قَبِيلَةِ فُلَانٍ وَيُرِيدُ بِهِ الْمُنْتَسِبِينَ إلَيْهِمْ بِالنَّسَبِ وَالْمُنْتَمِينَ إلَيْهِمْ بِالْوَلَاءِ
هذا هو الْمُتَعَارَفُ بين أَهْلِ اللِّسَانِ وَمُطْلَقُ الْكَلَامِ يَنْصَرِفُ إلَيْهِ وَيَصِيرُ كَالْمَنْطُوقِ بِمَا هو الْمُتَعَارَفُ عِنْدَهُمْ وَلَوْ قال نَصًّ هذا ثَبَتَ الْمَالُ لِلْمُنْتَسِبِينَ إلَى هذه الْقَبِيلَةِ وَالْمُنْتَمِينَ إلَيْهِمْ بِالْوَلَاءِ كان الْجَوَابُ ما قُلْنَا كَذَا هَهُنَا بِخِلَافِ ما إذَا لم يَكُنْ فُلَانٌ أَبَا فَخِذٍ أو قَبِيلَةٍ

---



---

فإن هُنَاكَ لَا عُرْفَ فَعُمِلَ بِحَقِيقَةِ اللَّفْظِ وَلَا يُصَارُ إلَى الْمَجَازِ إلَّا بِالدَّلِيلِ الظَّاهِرِ وَلَا يَدْخُلُ فيه مولى الْمُوَالَاةِ لِأَنَّ مولى الْعَتَاقَةِ يَتَقَدَّمُ عليه وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
ثُمَّ لَا خِلَافَ في أَنَّهُ إذَا قال ثُلُثُ مَالِي لِمَوَالِي فُلَانٍ أَنَّهُ يَدْخُلُ في الْوَصِيَّةِ جَمِيعُ من نَجَّزَ إعتاقه ( ( ( عتاقه ) ) ) في صِحَّتِهِ وفي مَرَضِهِ وَسَوَاءٌ كان أَعْتَقَهُ قبل الْوَصِيَّةِ أو بَعْدَهَا لِأَنَّ نَفَاذَ الْوَصِيَّةِ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَوْتِ وَكُلُّ من أَعْتَقَهُ في الْمَرَضِ أو في الصِّحَّةِ بَعْدَ أَنْ نَجَّزَ إعْتَاقُهُ صَارَ مَوْلًى بَعْدَ الْمَوْتِ فَيَسْتَحِقُّ الْوَصِيَّةَ فَأَمَّا الْمُدَبَّرُونَ وَأُمَّهَاتُ الْأَوْلَادِ فَهَلْ يَدْخُلُونَ تَحْتَ هذه الْوَصِيَّةِ رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ وَرُوِيَ عنه رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ وهو قَوْلُ مُحَمَّدٍ ذَكَرَهُ في الْجَامِعِ
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى إن تَعَلُّقَ نُفُوذِ الْوَصِيَّةِ أو ( ( ( أوان ) ) ) إنه الْمَوْتِ وَهُمْ مَوَالِيهِ في ذلك الْوَقْتِ فَإِنَّهُمْ يَسْتَحِقُّونَ الْوَصِيَّةَ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ إنه أَوَانَ نُفُوذِ الْوَصِيَّةِ وهو وَقْتُ الْمَوْتِ أَوَانُ عِتْقِهِمْ فَيُعْتَقُونَ في تِلْكَ الْحَالَةِ ثُمَّ يَصِيرُونَ مَوَالِيهِ بَعْدَهُ وَالْوَصِيَّةُ تَنَاوَلَتْ من كان مَوْلًى عِنْدَ مَوْتِهِ وهو ( ( ( وهم ) ) ) في تِلْكَ الْحَالَةِ لَيْسُوا بِمَوَالِيهِ فَلَا يَدْخُلُونَ في الْوَصِيَّةِ

وَلَوْ كان قال ذلك بَعْدَ أَنْ قال إنْ لم أَضْرِبْكَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَمَاتَ قبل أَنْ يَضْرِبَهُ عَتَقَ وَدَخَلَ في الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ عَتَقَ في آخِرِ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ لِتَحَقُّقِ عَدَمِ الضَّرْبِ منه في تِلْكَ الْحَالَةِ وَوُقُوعِ الْيَأْسِ عن حُصُولِهِ من قِبَلِهِ فَيَصِيرُ مَوْلًى له ثُمَّ يَعْتِقُهُ الْمَوْتُ ثُمَّ تُنَفَّذُ الْوَصِيَّةُ فَكَانَ مَوْلًى وَقْتَ نُفُوذِ الْوَصِيَّةِ وَوُجُوبِهَا بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُوصَى بِهِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ مَالًا أو مُتَعَلِّقًا بِالْمَالِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إيجَابُ الْمِلْكِ أو إيجَابُ ما يَتَعَلَّقُ بِالْمِلْكِ من الْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ والاعتاق وَمَحَلُّ الْمِلْكِ هو الْمَالُ فَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ من أَحَدٍ وَلِأَحَدٍ لِأَنَّهُمَا ليسا ( ( ( ليس ) ) ) بِمَالٍ في حَقِّ أَحَدٍ وَلَا بِجِلْدِ الْمَيْتَةِ قبل الدِّبَاغِ وَكُلُّ ما ليس بِمَالٍ
وقد ذَكَرْنَا ذلك في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَالُ مُتَقَوِّمًا فَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِمَالٍ غَيْرِ مُتَقَوِّمٍ كَالْخَمْرِ فَإِنَّهَا وَإِنْ كانت مَالًا حتى تُوَرَّثَ لَكِنَّهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ في حَقِّ الْمُسْلِمِ حتى لَا تَكُونَ مَضْمُونَةً بِالْإِتْلَافِ فَلَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ من الْمُسْلِمِ وَلَهُ بِالْخَمْرِ وَيَجُوزُ ذلك من الذِّمِّيِّ لِأَنَّهَا مَالٌ مُتَقَوِّمٌ في حَقِّهِمْ كَالْخَلِّ وَتَجُوزُ بِالْكَلْبِ الْمُعَلَّمِ لِأَنَّهُ مُتَقَوِّمٌ عِنْدَنَا أَلَا تَرَى أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْإِتْلَافِ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَهِبَتُهُ سَوَاءٌ كان الْمَالُ عَيْنًا أو مَنْفَعَةً عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ حتى تَجُوزَ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ من خِدْمَةِ الْعَبْدِ وَسُكْنَى الدَّارِ وَظَهْرِ الْفَرَسِ
وقال ابن أبي لَيْلَى رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَنَافِعِ وَصِيَّةٌ بِمَالِ الْوَارِثِ لِأَنَّ نَفَاذَ الْوَصِيَّةِ عِنْدَ الْمَوْتِ وَعِنْدَ الْمَوْتِ تَحْصُلُ الْمَنَافِعُ على مِلْكِ الْوَرَثَةِ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ مِلْكُهُمْ وَمِلْكُ الْمَنَافِعِ تَابِعٌ لِمِلْكِ الرَّقَبَةِ فَكَانَتْ الْمَنَافِعُ مِلْكَهُمْ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ مِلْكُهُمْ فَكَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ وَصِيَّةً من مَالِ الْوَارِثِ فَلَا تَصِحُّ وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَنَافِعِ في مَعْنَى الْإِعَارَةِ إذْ الْإِعَارَةُ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ كَذَلِكَ وَالْعَارِيَّةُ تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُعِيرِ فَالْمَوْتُ لَمَّا أَثَّرَ في بُطْلَانِ الْعَقْدِ على الْمَنْفَعَةِ بَعْدَ صِحَّتِهِ فَلَأَنْ يَمْنَعَ من الصِّحَّةِ أَوْلَى لِأَنَّ الْمَنْعَ أَسْهَلُ من الرَّفْعِ
وَلَنَا أَنَّهُ لَمَّا مَلَكَ تَمَلُّكَ حَالَ حَيَاتِهِ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ فَلَأَنْ يَمْلِكَ بِعَقْدِ الْوَصِيَّةِ أَوْلَى لِأَنَّهُ أَوْسَعُ الْعُقُودِ
أَلَا تَرَى أنها تَحْتَمِلُ ما لَا يَحْتَمِلُهُ سَائِرُ الْعُقُودِ من عَدَمِ الْمَحَلِّ وَالْحَظْرِ وَالْجَهَالَةِ ثُمَّ لَمَا جَازَ تَمْلِيكُهَا بِبَعْضِ الْعُقُودِ فَلَأَنْ يَجُوزَ بهذا الْعَقْدِ أَوْلَى
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمُوَفِّقُ لِلصَّوَابِ
وَأَمَّا قَوْلُهُ إنَّ الْوَصِيَّةَ وَقَعَتْ بِمَالِ الْوَارِثِ فَمَمْنُوعٌ وَقَوْلُهُ مِلْكُ الرَّقَبَةِ عِنْدَ مَوْتِ الموصى مُسَلَّمٌ لَكِنَّ مِلْكَ الْمَنْفَعَةِ يَتْبَعُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ إذَا أُفْرِدَ الْمَنْفَعَةُ بِالتَّمْلِيكِ وإذا لم يُفْرَدْ الْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ وَهُنَا أُفْرِدَ بِالتَّمْلِيكِ فَلَا يَتْبَعُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ وَهَذَا لِأَنَّ الْمُوصِيَ إذَا أَفْرَدَ مِلْكَ الْمَنْفَعَةِ بِالْوَصِيَّةِ فَقَدْ جَعَلَهُ مَقْصُودًا بِالتَّمْلِيكِ وَلَهُ هذه الْوِلَايَةُ فَلَا يَبْقَى تَبَعًا لِمِلْكِ الذَّاتِ بَلْ يَصِيرُ مَقْصُودًا بِنَفْسِهِ بِخِلَافِ الْإِعَارَةِ لِأَنَّ الْمُعِيرَ وَإِنْ جَعَلَ مِلْكَ الْمَنْفَعَةِ مَقْصُودًا بِالتَّمْلِيكِ لَكِنْ في الْحَالِ لَا بَعْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّهُ إنَّمَا يُعَارُ الشَّيْءُ لِلِانْتِفَاعِ في حَالِ الْحَيَاةِ عَادَةً لَا بَعْدَ الْمَوْتِ فَيَنْتَفِي الْعَقْدُ بِالْمَوْتِ
وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ فَتَمْلِيكٌ بَعْدَ الْمَوْتِ فَكَانَ قَصْدُهُ تَمْلِيكَهُ الْمَنْفَعَةَ بَعْدَ الْمَوْتِ فَكَانَتْ الْمَنَافِعُ مَقْصُودَةً بِالتَّمْلِيكِ بَعْدَ الْمَوْتِ فَهُوَ الْفَرْقُ
وَنَظِيرُهُ من وَكَّلَ وَكِيلًا في حَالِ حَيَاتِهِ فَمَاتَ الْمُوَكِّلُ يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ
وَلَوْ أَضَافَ الْوَكَالَةَ إلَى ما بَعْدِ مَوْتِهِ جَازَ حتى يَكُونَ وَصِيًّا بَعْدَ مَوْتِهِ وَسَوَاءٌ

كانت الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ مُؤَقَّتَةً بِوَقْتٍ من سَنَةٍ أو شَهْرٍ أو كانت مُطْلَقَةً عن التَّوْقِيتِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَنَافِعِ في مَعْنَى الْإِعَارَةِ لِأَنَّهَا تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ عِوَضٍ ثُمَّ الْإِعَارَةُ تَصِحُّ مُؤَقَّتَةً وَمُطْلَقَةً عن الْوَقْتِ وَكَذَا الْوَصِيَّةُ غير أنها إذَا كانت

---

(7/352)

---

مُطْلَقَةً فللموصي له أَنْ يَنْتَفِعَ بِالْعَيْنِ ما عَاشَ وإذا كانت مُؤَقَّتَةً بِوَقْتٍ فَلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ إلَى ذلك الْوَقْتِ وإذا جَازَتْ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ يُعْتَبَرُ فيها خُرُوجُ الْعَيْنِ التي أَوْصَى بِمَنْفَعَتِهَا من الثُّلُثِ وَلَا يُضَمُّ إلَيْهَا قِيمَةٌ
وَإِنْ كان الْمُوصَى بِهِ هو الْمَنْفَعَةُ وَالْعَيْنُ مِلْكٌ لم يَزُلْ عنه لِأَنَّ الْمُوصِيَ بِوَصِيَّتِهِ بِالْمَنَافِعِ مَنَعَ الْعَيْنَ عن الْوَارِثِ وَحَبَسَهَا عنه لِفَوَاتِ الْمَقْصُودِ من الْعَيْنِ وهو الِانْتِفَاعُ بها فَصَارَتْ مَمْنُوعَةً عن الْوَارِثِ مَحْبُوسَةً عنه وَالْمُوصِي لَا يَمْلِكُ مَنْعَ ما زَادَ عن الثُّلُثِ على الْوَارِثِ فَاعْتُبِرَ خُرُوجُ الْعَيْنِ من ثُلُثِ الْمَالِ وَلِهَذَا لو أَجَّلَ الْمَرِيضُ مَرَضَ الْمَوْتِ دَيْنًا مُعَجَّلًا له لَا يَصِحُّ إلَّا في الثُّلُثِ وَإِنْ كان التَّأْجِيلُ لَا يَتَضَمَّنُ إبْطَالَ مِلْكِ الدَّيْنِ لَكِنْ لَمَّا كان فيه مَنْعُ الْوَارِثِ عن الدَّيْنِ قبل حُلُولِ الْأَجَلِ لم يَصِحَّ إلَّا في قَدْرِ الثُّلُثِ
كَذَا هذا ( ( ( ههنا ) ) )
وإذا كان الْمُعْتَبَرُ خُرُوجَ الْعَيْنِ من الثُّلُثِ فَإِنْ خَرَجَتْ من الثُّلُثِ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ في جَمِيعِ الْمَنَافِعِ فَلِلْمُوصَى له أَنْ يَنْتَفِعَ بها فَيَسْتَخْدِمَ الْعَبْدَ وَيَسْكُنَ الدَّارَ ما عَاشَ إنْ كانت الْوَصِيَّةُ مُطْلَقَةً عن الْوَقْتِ فإذا مَاتَ الْمُوصَى له بِالْمَنْفَعَةِ انْتَقَلَتْ إلَى مِلْكِ صَاحِبِ الْعَيْنِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَنْفَعَةِ قد بَطَلَتْ بِمَوْتِ الْمُوصَى له لِأَنَّهَا تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ عِوَضٍ كَالْإِعَارَةِ فَتَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمَالِكِ إيَّاهُ كما تَبْطُلُ الْإِعَارَةُ بِمَوْتِ الْمُسْتَعِيرِ علَى أَنَّ الْمَنَافِعَ بِانْفِرَادِهَا لَا تَحْتَمِلُ الْإِرْثَ وَإِنْ كان تَمَلُّكُهَا بِعِوَضٍ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ كَإِجَارَةٍ فَلَأَنْ لَا يُحْتَمَلُ فِيمَا هو تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ عِوَضٍ أَوْلَى بِخِلَافِ ما إذَا أَوْصَى بِغَلَّةِ دَارِهِ أو ثَمَرَةِ نخلة فَمَاتَ الْمُوصَى له وفي النَّخْلِ ثمرا ( ( ( ثمر ) ) ) وكان وَجَبَ بِمَا اسْتَغَلَّ الدَّارَ آخَرُ أَنَّ ذلك يَكُونُ لِوَرَثَةِ الموصي له لِأَنَّ ذلك عَيْنٌ مَلَكَهَا الْمُوصَى له وَتَرَكَهُ بِالْمَوْتِ فَيَصِيرُ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ وفي الْمَنْفَعَةِ لَا حتي إن ما يَحْصُلُ بَعْدَ مَوْتِهِ لَا يَكُونُ لِوَرَثَتِهِ بَلْ لِوَرَثَةِ الموصى لِأَنَّهُ لم يَمْلِكْهُ الْمُوصَى له فَلَا يُوَرَّثُ وَإِنْ كانت الْعَيْنُ لَا تَخْرُجُ من ثُلُثِ مَالِهِ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ في الْمَنَافِعِ في قَدْرِ ما تَخْرُجُ الْعَيْنُ من ثُلُثِ مَالِهِ بِأَنْ لم يَكُنْ له مَالٌ آخَرُ سِوَى الْعَيْنِ من الْعَبْدِ وَالدَّارِ تُقَسَّمُ الْمَنْفَعَةُ بين الْمُوصَى له وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ أَثْلَاثًا ثُلُثُهَا لِلْمُوصَى له وَثُلُثَاهَا لِلْوَرَثَةِ فَيَسْتَخْدِمُ الْمُوصَى له الْعَبْدَ يَوْمًا وَالْوَرَثَةُ يَوْمَيْنِ وفي الدَّارِ يَسْكُنُ الْمُوصَى له ثُلُثَهَا وَالْوَرَثَةُ ثُلُثَيْهَا ما دَامَ الْمُوصَى له حَيًّا فإذا مَاتَ تُرَدُّ الْمَنْفَعَةُ إلَى الْوَرَثَةِ
وَحَكَى أبو يُوسُفَ عن ابْنِ أبي لَيْلَى رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ إذَا أَوْصَى بِسُكْنَى دَارِهِ لِرَجُلٍ وَلَيْسَ له مَالٌ غَيْرَهَا ولم تُجِزْ الْوَرَثَةُ أن الْوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لم تَصِحَّ في الثُّلُثَيْنِ وَالشُّيُوعُ شَائِعٌ في الثُّلُثَيْنِ وَالشُّيُوعُ يُؤَثِّرُ في الْمَنَافِعِ كما في الْإِجَارَةِ
وَهَذَا لَا يَتَفَرَّعُ على أَصْلِ إن أبي لَيْلَى لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَنَافِعِ بَاطِلَةٌ على أَصْلِهِ

فَتَبْقَى السُّكْنَى كُلُّهَا على مِلْكِ الْوَرَثَةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ
وَلَوْ أَرَادَ الْوَرَثَةُ بَيْعَ الثُّلُثَيْنِ أو الْقِسْمَةَ ليس لهم ذلك عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لهم ذلك
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أن الْمِلْكَ مُطْلَقٌ لِلتَّصَرُّفِ في الْأَصْلِ وَإِنَّمَا الِامْتِنَاعُ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ بِهِ وحث ( ( ( وحق ) ) ) الْغَيْرِ هَهُنَا تَعَلَّقَ بِالثُّلُثِ لَا بِالثُّلُثَيْنِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَعَلَّقَتْ بِالثُّلُثِ لَا غير فَخَلَا ثُلُثَا الدَّارِ عن تَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ بها فَكَانَ لهم وِلَايَةُ الْبَيْعِ وَالْقِسْمَةِ وَكَذَا الْحَاجَةُ دَعَتْ إلَى الْقِسْمَةِ لِتَكْمِيلِ الْمَنْفَعَةِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ حَقَّ الْمُوصَى له بِالْمَنْفَعَةِ مُتَعَلِّقٌ بِمَنَافِعِ كل الدَّارِ على الشُّيُوعِ وَذَلِكَ يمنع ( ( ( بمنع ) ) ) جَوَازِ الْبَيْعِ كما في الْإِجَارَةِ فإن رَقَبَةَ الْمُسْتَأْجَرِ مِلْكُ الْمُؤَجِّرِ لَكِنْ لَمَّا تَعَلَّقَ بها حَقُّ الْمُسْتَأْجِرِ مَنَعَ جَوَازَ الْبَيْعِ وَنَفَاذَهُ بِدُونِ إجَازَةِ الْمُسْتَأْجِرِ
كَذَا هَهُنَا
وَكَذَا في الْقِسْمَةِ إبْطَالُ حَقِّ الْمُوصَى له
هذا إذَا كانت الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ مُطْلَقَةً عن الْوَقْتِ فَإِنْ كانت مُؤَقَّتَةً فَإِنْ كانت الْعَيْنُ تَخْرُجُ من ثُلُثِ مَالِهِ فإن الْمُوصَى له يَنْتَفِعُ بها إلَى الْوَقْتِ الْمَذْكُورِ فَإِنْ كان الْمَذْكُورُ سَنَةً غير مُعَيَّنَةٍ فَيَنْتَفِعُ بها الْمُوصَى له سَنَةً كَامِلَةً ثُمَّ يَعُودُ بَعْدَ ذلك إلَى الْوَرَثَةِ وَإِنْ كانت لَا تَخْرُجُ من ثُلُثِ مَالِهِ فَبِقَدْرِ ما يَخْرُجُ وَإِنْ لم يَكُنْ له مَالٌ آخَرُ كانت الْمَنْفَعَةُ بين الْمُوصَى له وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ أَثْلَاثًا يَخْدُمُ الْعَبْدُ يَوْمًا لِلْمُوصَى له وَيَوْمَيْنِ لِلْوَرَثَةِ فَيَسْتَوْفِي الْمُوصَى له خِدْمَةَ السَّنَةِ في ثَلَاثِ سِنِينَ وَإِنْ كانت الْعَيْنُ الْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهَا دَارًا يَسْكُنُ الْمُوصَى له ثُلُثَهَا وَالْوَرَثَةُ ثُلُثَيْهَا يتهايئان ( ( ( يهايئان ) ) ) مَكَانًا لِأَنَّ التَّهَايُؤَ بِالْمَكَانِ في الدَّارِ مُمْكِنٌ وفي الْعَبْدِ لَا يُمْكِنُ لِاسْتِحَالَةِ خِدْمَةِ الْعَبْدِ بِثُلُثِهِ لِأَحَدِهِمَا وَبِثُلُثَيْهِ لِلْآخَرِ فَمَسَّتْ الضَّرُورَةُ إلَى المهيئات ( ( ( المهايئات ) ) ) زَمَانًا
وَإِنْ كان الْمَذْكُورُ من الْوَقْتِ سَنَةً بِعَيْنِهَا بِأَنْ قال سَنَةَ كَذَا أو شَهْرَ كَذَا فَإِنْ كان الْمُوصَى بِهِ خِدْمَةَ الْعَبْدِ فَإِنْ كان الْعَبْدُ يَخْرُجُ من الثُّلُثِ يَنْتَفِعُ بها تِلْكَ السَّنَةَ أو الشَّهْرَ وَإِنْ لم يَكُنْ له مَالٌ آخَرُ فَفِي الْعَبْدِ يَنْتَفِعُ بِهِ الْوَرَثَةُ يَوْمَيْنِ

---



---

وَالْمُوصَى له يَوْمًا وفي الدَّارِ يَسْكُنُ الْمُوصَى له ثُلُثَهَا وَالْوَرَثَةُ ثُلُثَيْهَا على طَرِيقِ الْمُهَايَأَةِ فإذا مَضَتْ تِلْكَ السَّنَةُ أو ذلك الشَّهْرُ على هذا الْحِسَابِ يَحْصُلُ لِلْمُوصَى له مَنْفَعَةُ السَّنَةِ أو الشَّهْرِ
وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يُكْمِلَ ذلك من سَنَةٍ أُخْرَى أو من شَهْرٍ آخَرَ ليس له ذلك لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُضِيفَتْ إلَى تِلْكَ السَّنَةِ أو ذلك الشَّهْرِ لَا إلَى غَيْرِهِمَا
وَلَوْ عَيَّنَ الشَّهْرَ الذي هو فيه أو السَّنَةَ التي هو فيها بِأَنْ قال هذا الشَّهْرُ أو هذه السَّنَةُ يُنْظَرُ إنْ مَاتَ بَعْدَ مُضِيِّ ذلك الشَّهْرِ أو تِلْكَ السَّنَةِ بَطَلَتْ وَصِيَّتُهُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ نَفَاذُهَا عِنْدَ مَوْتِهِ وقد مَضَى ذلك الشَّهْرُ أو تِلْكَ السَّنَةُ قبل مَوْتِهِ فَبَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ
وَإِنْ مَاتَ قبل أَنْ يَمْضِيَ ذلك الشَّهْرُ أو السَّنَةُ فَإِنْ كانت الْعَيْنُ تَخْرُجُ من الثُّلُثِ يَنْتَفِعُ بها فيما ( ( ( فما ) ) ) بَقِيَ من الشَّهْرِ أو السَّنَةِ وَإِنْ كانت لَا تَخْرُجُ وَلَيْسَ له مَالٌ آخَرُ فَفِي الْعَبْدِ يَنْتَفِعُ بها الْمُوصَى له يَوْمًا وَالْوَرَثَةُ يَوْمَيْنِ

إلَى أَنْ يَمْضِيَ ذلكَ الشَّهْرُ أو السَّنَةُ وفي الدَّارِ يَسْكُنَاهَا أَثْلَاثًا على طَرِيقِ الْمُهَايَأَةِ على ما بَيَّنَّا
ولوأو صى ( ( ( أوصى ) ) ) بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ لِإِنْسَانٍ وَبِرَقَبَتِهِ لِآخَرَ أو بِسُكْنَى دَارِهِ لِإِنْسَانٍ وَبِرَقَبَتِهَا لِآخَرَ وَالرَّقَبَةُ تَخْرُجُ من الثُّلُثِ فَالرَّقَبَةُ لِصَاحِبِ الرَّقَبَةِ وَالْخِدْمَةُ كُلُّهَا لِصَاحِبِ الْخِدْمَةِ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ لَمَّا احْتَمَلَتْ الْإِفْرَادَ من الرَّقَبَةِ بِالْوَصِيَّةِ حتى لَا تُمَلَّكَ الْوَرَثَةُ الرَّقَبَةَ وَالْمُوصَى له الْمَنْفَعَةَ فَيَسْتَوِي فيها الْإِفْرَادُ بِاسْتِيفَاءِ الرَّقَبَةِ لِنَفْسِهِ وتمليكها ( ( ( وتمليكها ) ) ) من غَيْرِهِ فَيَكُونُ أَحَدُهُمَا مُوصًى له بِالرَّقَبَةِ وَالْآخَرُ بِالْمَنْفَعَةِ فإذا مَاتَ الموصي مَلَكَ صَاحِبُ الرَّقَبَةِ الرَّقَبَةَ وَصَاحِبُ الْمَنْفَعَةِ الْمَنْفَعَةَ
وَكَذَلِكَ إذَا أَوْصَى بِرَقَبَةِ شَجَرَةٍ أو بُسْتَانٍ لِإِنْسَانٍ وَبِثَمَرَتِهِ لِآخَرَ أو بِرَقَبَةِ أَرْضٍ لِرَجُلٍ وَبِغَلَّتِهَا لِآخَرَ أو بِأَمَةٍ لِرَجُلٍ وَبِمَا في بَطْنِهَا لِآخَرَ لِأَنَّ الثَّمَرَ وَالْغَلَّةَ وَالْحَمْلَ كُلُّ وَاحِدٍ منها يَحْتَمِلُ الْإِفْرَادَ بِالْوَصِيَّةِ فَلَا فَرْقَ بين أَنْ يَسْتَبْقِيَ الْأَصْلَ لِنَفْسِهِ وَبَيْنَ أَنْ يَمْلِكَهُ من غَيْرِهِ على ما ذَكَرْنَا في الْوَصِيَّةِ بِالْمَنْفَعَةِ وَسَوَاءٌ كان الْمُوصَى بِهِ مَوْجُودًا وَقْتَ كَلَامِ الْوَصِيَّةِ أو لم يَكُنْ مَوْجُودًا عِنْدَهُ فَالْوَصِيَّةَ جَائِزَةٌ إلَّا إذَا كان في كَلَامِ الْمُوصِي ما يَقْتَضِي الْوُجُودَ لِلْحَالِ فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلَا مَالَ له عِنْدَ كَلَامِ الْوَصِيَّةِ
وَكَذَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِغَلَّةِ بُسْتَانِهِ أو بِغَلَّةِ أَرْضِهِ أو بِغَلَّةِ أَشْجَارِهِ أو بِغَلَّةِ عَبْدِهِ أو بِسُكْنَى دَارِهِ أو بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ
وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِمَا في بَطْنِ جَارِيَتِهِ أو دَابَّتِهِ وَبِالصُّوفِ على ظَهْرِ غَنَمِهِ وَبِاللَّبَنِ في ضَرْعِهَا وَثَمَرَةِ بُسْتَانِهِ وَثَمَرَةِ أَشْجَارِهِ وَإِنْ لم يَكُنْ شَيْءٌ من ذلك مَوْجُودًا لِلْحَالِ
وَأَمَّا وُجُودُهُ عِنْدَ مَوْتِ الْمُوصِي فَهَلْ هو شَرْطُ بَقَاءِ الْوَصِيَّةِ على الصِّحَّةِ فَأَمَّا في الثُّلُثِ وَالْعَيْنِ الْمُشَارِ إلَيْهَا فَشَرْطٌ حتى لو أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ وَلَهُ مَالٌ عِنْدَ كَلَامِ الْوَصِيَّةِ ثُمَّ هَلَكَ ثُمَّ مَاتَ الموصي بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ
وَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ بِمَا في الْبَطْنِ وَالضَّرْعِ وَبِمَا على الظَّهْرِ من الصُّوفِ وَاللَّبَنِ وَالْوَلَدِ حتى لو مَاتَ الموصي بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ إذَا لم يَكُنْ ذلك مَوْجُودًا وَقْتَ مَوْتِهِ
وَأَمَّا في الْوَصِيَّةِ بِالثَّمَرَةِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ شَرْطًا وَلَا يُشْتَرَطُ ذلك في الْوَصِيَّةِ بِغَلَّةِ الدَّارِ وَالْعَبْدِ
وَالْحَاصِلُ أَنَّ جِنْسَ هذه الْوَصَايَا على أَقْسَامٍ بَعْضُهَا يَقَعُ على الْمَوْجُودِ وَقْتَ مَوْتِ الْمُوصِي وَالَّذِي يُوجَدُ بَعْدَ مَوْتِهِ سَوَاءٌ ذَكَرَ الْمُوصِي في وَصِيَّتِهِ الْأَبَدَ أو لم يذكر وهو الْوَصِيَّةُ بِالْغَلَّةِ وَسُكْنَى الدَّارِ وَخِدْمَةِ الْعَبْدِ وَبَعْضُهَا يَقَعُ على الْمَوْجُودِ قبل الْمَوْتِ وَلَا يَقَعُ على ما يَحْدُثُ بَعْدَ مَوْتِهِ سَوَاءٌ ذَكَرَ الْأَبَدَ أو لم يذكر وهو الْوَصِيَّةُ بِمَا في الْبَطْنِ وَالضَّرْعِ وَبِمَا على الظَّهْرِ فَإِنْ كان في بَطْنِهَا وَلَدٌ وفي ضَرْعِهَا لَبَنٌ وَعَلَى ظَهْرِهَا صُوفٌ وَقْتَ مَوْتِ الْمُوصِي فَالْوَصِيَّةُ جَائِزَةٌ وَإِلَّا فَلَا وفي بَعْضِهَا إنْ ذَكَرَ لَفْظَ الْأَبَدِ يَقَعُ على الْمَوْجُودِ وَالْحَادِثِ وَإِنْ لم يذكر فَإِنْ كان مَوْجُودًا وَقْتَ مَوْتِ الْمُوصِي يَقَعُ على الْمَوْجُودِ وَلَا يَقَعُ على الْحَادِثِ وَإِنْ لم يَكُنْ مَوْجُودًا فَالْقِيَاسُ أَنْ تَبْطُلَ الْوَصِيَّةُ كما في الصُّوفِ وَالْوَلَدِ وَاللَّبَنِ
وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا تَبْطُلُ وَتَقَعُ على ما يَحْدُثُ كما لو ذَكَرَ الْأَبَدَ وَهَذِهِ الْوَصِيَّةُ بِثَمَرَةِ الْبُسْتَانِ وَالشَّجَرِ إنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إنَّمَا تَجُوزُ فِيمَا يَجْرِي فيه الْإِرْثُ أو فِيمَا يَدْخُلُ تَحْتَ عَقْدٍ من الْعُقُودِ في حَالَةِ الْحَيَاةِ وَالْحَادِثُ من الْوَلَدِ وَأَخَوَاتِهِ لَا يَجْرِي فيه الْإِرْثُ وَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ عَقْدٍ من الْعُقُودِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ بِخِلَافِ الْغَلَّةِ فإن له نَظِيرًا في الْعُقُودِ وهو عَقْدُ الْمُعَامَلَةِ وَالْإِجَارَةِ

وَكَذَلِكَ سُكْنَى الدَّارِ وَخِدْمَةُ الْعَبْدِ يَدْخُلَانِ تَحْتَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ فَكَانَ لها ( ( ( لهما ) ) ) نَظِيرٌ في الْعُقُودِ
وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِثَمَرَةِ الْبُسْتَانِ وَالشَّجَرِ فَلَا شَكَّ أنها تَقَعُ عن الْمَوْجُودِ وَقْتَ مَوْتِ الْمُوصِي وَالْحَادِثُ بَعْدَ مَوْتِهِ إنْ ذَكَرَ الْأَبَدَ لِأَنَّ اسْمَ الثَّمَرَةِ يَقَعُ على الْمَوْجُودِ وَالْحَادِثِ
وَالْحَادِثُ منها يَحْتَمِلُ الدُّخُولَ تَحْتَ بَعْضِ الْعُقُودِ وهو عَقْدُ الْمُعَامَلَةِ وَالْوَقْفِ فإذا ذَكَرَ الْأَبَدَ يَتَنَاوَلُهُ وَإِنْ لم يذكر الْأَبَدَ فَإِنْ كان وَقْتَ مَوْتِ

---



---

الْمُوصِي ثَمَرَةٌ مَوْجُودَةٌ دَخَلَتْ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ وَلَا يَدْخُلُ ما يَحْدُثُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَإِنْ لم يَكُنْ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَتَنَاوَلَ ما يَحْدُثُ وَتَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ
وفي الِاسْتِحْسَانِ يَتَنَاوَلُهُ وَلَا تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الثَّمَرَةَ بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ وَالصُّوفِ وَاللَّبَنِ وَالْوَصِيَّةُ بِشَيْءٍ من ذلك لَا يَتَنَاوَلُ الْحَادِثَ كَذَا الثَّمَرَةُ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الِاسْمَ يَحْتَمِلُ الْحَادِثَ وفي حَمْلِ الْوَصِيَّةِ عليه تَصْحِيحُ الْعَقْدِ وَيُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ لِأَنَّ له نَظِيرًا من الْعُقُودِ وهو الْوَقْفُ وَالْمُعَامَلَةُ وَلِهَذَا لو نَصَّ على الْأَبَدِ يَتَنَاوَلُهُ بِخِلَافِ الْوَلَدِ وَالصُّوفِ وَاللَّبَنِ لِأَنَّهُ عَقْدُ مالا يَحْتَمِلُهُ فلم يَكُنْ مُمْكِنَ التَّصْحِيحِ وَلِهَذَا لو نَصَّ على الْأَبَدِ لَا يَتَنَاوَلُ الْحَادِثَ وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ
وَلَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِبُسْتَانِهِ يوم يَمُوتُ وَلَيْسَ له يوم أَوْصَى بُسْتَانٌ ثُمَّ اشْتَرَى بُسْتَانًا ثُمَّ مَاتَ فَالْوَصِيَّةُ جَائِزَةٌ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَالِ إيجَابُ الْمِلْكِ عِنْدَ الْمَوْتِ فَيُرَاعَى وُجُودُ الْمُوصَى بِهِ وَقْتَ الْمَوْتِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أَوْصَى له بِعَيْنِ الْبُسْتَانِ وَلَيْسَ في مِلْكِهِ الْبُسْتَانُ يوم الْوَصِيَّةِ ثُمَّ مَلَكَهُ ثُمَّ مَاتَ صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ
وَلَوْ قال أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِغَلَّةِ بُسْتَانِي وَلَا بُسْتَانَ له فَاشْتَرَى بَعْدَ ذلك وَمَاتَ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ جَائِزَةٌ وَذَكَرَ في الْأَصْلِ أنها غَيْرُ جَائِزَةٍ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ أَنَّ قَوْلَهُ بُسْتَانِي يَقْتَضِي وُجُودَ الْبُسْتَانِ لِلْحَالِ فإذا لم يُوجَدْ لم يَصِحَّ
وَالصَّحِيحُ ما ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إيجَابُ الْمِلْكِ بَعْدَ الْمَوْتِ فَيَسْتَدْعِي وُجُودَ الْمُوصَى بِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ لَا وَقْتَ كَلَامِ الْوَصِيَّةِ
وَلَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ غَنَمِهِ فَهَلَكَتْ الْغَنَمُ قبل مَوْتِهِ أو لم يَكُنْ له غَنَمٌ من الْأَصْلِ فَمَاتَ وَلَا غَنَمَ له فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ وَكَذَلِكَ الْعُرُوض كُلُّهَا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ عِنْدَ الْمَوْتِ وَلَا غَنَمَ له عِنْدَ الْمَوْتِ فَإِنْ لم يَكُنْ له غَنَمٌ وَقْتَ كَلَامِ الْوَصِيَّةِ ثُمَّ اسْتَفَادَ بَعْدَ ذلك ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ لِأَنَّ قَوْلَهُ غَنَمِي يَقْتَضِي غَنَمًا مَوْجُودَةً وَقْتَ الْوَصِيَّةِ كما قُلْنَا في الْبُسْتَانِ
وَعَلَى رِوَايَةِ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ لِمَا ذَكَرْنَا في الْبُسْتَانِ
وَكَذَلِكَ لو قال أَوْصَيْتُ له بِشَاةٍ من غَنَمِي أو بِقَفِيزٍ من حِنْطَتِي ثُمَّ مَاتَ وَلَيْسَ له غَنَمٌ وَلَا حِنْطَةٌ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لِمَا قُلْنَا وَلَوْ لم يَكُنْ له غَنَمٌ وَلَا حِنْطَةٌ ثُمَّ اسْتَفَادَ بَعْدَ ذلك ثُمَّ مَاتَ فَهُوَ على الرِّوَايَتَيْنِ اللَّتَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا
وَبِمِثْلِهِ لو قال شَاةٌ من مَالِي أو قَفِيزُ حِنْطَةٍ من مَالِي وَلَيْسَ له غَنَمٌ وَلَا

حِنْطَةٌ فَالْوَصِيَّةُ جَائِزَةٌ وَيُعْطَى قِيمَةَ الشَّاةِ
لِأَنَّهُ لِمَا أَضَافَ إلَى الْمَالِ وَعَيْنُ الشَّاةِ لَا تُوجَدُ في الْمَالِ عُلِمَ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ قَدْرَ مَالِيَّةِ الشَّاةِ وَهِيَ قِيمَتُهَا
وَلَوْ أَوْصَى بِشَاةٍ ولم يَقُلْ من غَنَمِي وَلَا من مَالِي فَمَاتَ وَلَيْسَ له غَنَمٌ لم يذكر هذا الْفَصْلَ في الْكِتَابِ
وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّ الشَّاةَ اسْمٌ لِلصُّورَةِ وَالْمَعْنَى جميعا إلَّا أَنَّا حَمَلْنَا هذا الِاسْمَ على الْمَعْنَى في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ بِقَرِينَةِ الْإِضَافَةِ إلَى الْمَالِ ولم تُوجَدْ هَهُنَا
وقال بَعْضُهُمْ يَصِحُّ لِأَنَّ الشَّاةَ إذَا لم تَكُنْ مَوْجُودَةً في مَالِهِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ مَالِيَّةَ الشَّاةِ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ فَيُعْطَى قِيمَةَ شَاةٍ وقد ذَكَرَ في السِّيَرِ الْكَبِيرِ مَسْأَلَةً تُؤَيِّدُ هذا الْقَوْلَ وَهِيَ أَنَّ الْإِمَامَ إذَا نَفَلَ سَرِيَّةً فقال من قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ جَارِيَةٌ من السَّبَايَا فَإِنْ كان في السَّبْيِ جَارِيَةٌ يُعْطَى من قَتَلَ قَتِيلًا وَإِنْ لم يَكُنْ في السَّبْيِ جَارِيَةٌ لَا يُعْطَى شيئا
وَلَوْ قال من قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ جَارِيَةٌ ولم يَقُلْ من السَّبْيِ
فإنه يُعْطَى من قَتَلَ قَتِيلًا قَدْرَ مَالِيَّةِ الْجَارِيَةِ
كَذَا هَهُنَا
وَلَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِسُكْنَى دَارِهِ أو خِدْمَةِ عَبْدِهِ أو ظَهْرِ فَرَسِهِ لِلْمَسَاكِينِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ وَلَا بُدَّ من أَنْ يَكُونَ ذلك لِإِنْسَانٍ مَعْلُومٍ وَعِنْدَهُمَا رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِذَلِكَ كُلِّهِ لِلْمَسَاكِينِ
كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ في مُخْتَصَرِهِ
وَذَكَرَ في الْأَصْلِ وَالْوَصِيَّةُ بِسُكْنَى الدَّارِ وَخِدْمَةِ الْعَبْدِ أنها لَا تَجُوزُ ولم يذكر فيها الخلاف ( ( ( الاختلاف ) ) ) وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ في الْوَصِيَّةِ بِظَهْرِ الْفَرَسِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْمَسَاكِينِ وَصِيَّةٌ بِطَرِيقِ الصَّدَقَةِ وَالصَّدَقَةُ إخْرَاجُ الْمَالِ إلَى اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَاَللَّهُ عز وجل وَاحِدٌ مَعْلُومٌ وَلِهَذَا جَازَتْ الْوَصِيَّةُ بِسَائِرِ الْأَعْيَانِ لِلْمَسَاكِينِ فَكَذَا بِالْمَنَافِعِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ الْمُوصَى له بِالْخِدْمَةِ وَالرُّكُوبِ وَالسُّكْنَى تَلْزَمُهُ النَّفَقَةُ على الْعَبْدِ وَالْفَرَسِ وَالدَّارِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الِانْتِفَاعُ إلَّا بَعْدَ بَقَاءِ الدَّيْنِ وَلَا يَبْقَى عَادَةً بِدُونِ النَّفَقَةِ فَبَعْدَ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ تَلْزَمَهُ النَّفَقَةُ أو لَا فَإِنْ لم تَلْزَمْهُ النَّفَقَةُ لَا يُمْكِنُ تَنْفِيذُ هذه الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إيجَابُهَا على الْوَرَثَةِ
لِأَنَّ الْمُؤْنَةَ لَا تَجِبُ إلَّا على من له الْمَنْفَعَةُ وَالْمَنْفَعَةُ لِلْمُوصَى له لَا لِلْوَرَثَةِ وَلَا يُمْكِنُ الِاسْتِغْلَالُ بِأَنْ يَسْتَغِلَّ فَيُنْفِقَ عليه من الْغَلَّةِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لم تَقَعْ بِالْغَلَّةِ وَلِأَنَّ الِاسْتِغْلَالَ يَقَعُ تَبْدِيلًا لِلْوَصِيَّةِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ فَتَعَذَّرَ تَنْفِيذُ هذه الْوَصِيَّةِ وَإِنْ لَزِمَهُ النَّفَقَةُ فَكَانَ هذا مُعَاوَضَةً مَعْنًى

---



---

لَا وَصِيَّةً وَلَا صَدَقَةً وَالْجَهَالَةُ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْمُعَاوَضَةِ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوجَدُ في الْأَعْيَانِ وفي الْوَصِيَّةِ لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ وَقِيلَ إنَّ الْوَصِيَّةَ بِظَهْرِ فَرَسِهِ لِلْمَسَاكِينِ أو في سَبِيلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فُرَيْعَةُ مَسْأَلَةِ الْوَقْفِ أَنَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه لو جَعَلَ فَرَسَهُ لِلْمَسَاكِينِ وَقْفًا في حَالِ الْحَيَاةِ لَا يَجُوزُ وَلَا تَجُوزُ

الْوَصِيَّةُ بِهِ بَعْدَ الْوَفَاةِ وَعِنْدَهُمَا لو جَعَلَهُ وَقْفًا في حَالِ حَيَاتِهِ جَازَ فَكَذَا إذَا أَوْصَى بَعْدَ وَفَاتِهِ وَسَوَاءٌ كان الْمُوصَى بِهِ مَعْلُومًا أو مَجْهُولًا فَالْوَصِيَّةُ جَائِزَةٌ لِأَنَّ هذه جَهَالَةٌ تُمْكِنُ إزَالَتُهَا من جِهَةِ الْمُوصِي ما دَامَ حَيًّا وَمِنْ جِهَةِ وَرَثَتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ فَأَشْبَهَتْ جَهَالَةَ الْمُقَرِّ بِهِ في حَالِ الْإِقْرَارِ وَإِنَّهَا لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ بِخِلَافِ جَهَالَةِ الْمُقَرِّ له تَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ كَذَا جَهَالَةُ الْمُوصَى له تَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ أَيْضًا

وَعَلَى هذا مَسَائِلُ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى بَيَانِ قَدْرِ ما يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى له من الْوَصَايَا التي فيها ضَرْبُ إبْهَامٍ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى بَيَانِ اسْتِخْرَاجِ الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ من الْوَصِيَّةِ الْمَجْهُولِ بِالْحِسَابِ وَهِيَ الْمَسَائِلُ الْحِسَابِيَّةُ

وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ في مَسَائِلَ منها ما إذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجُزْءٍ من مَالِهِ أو بِنَصِيبٍ من مَالِهِ أو بِطَائِفَةٍ من مَالِهِ أو بِبَعْضٍ أو بِشِقْصٍ من مَالِهِ فَإِنْ بَيَّنَ في حَيَاتِهِ شيئا وَإِلَّا أَعْطَاهُ الْوَرَثَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ ما شَاؤوا لِأَنَّ هذه الْأَلْفَاظَ تَحْتَمِلُ الْقَلِيلَ وَالْكَثِيرَ فَيَصِحُّ الْبَيَانُ فيه ما دام حَيًّا وَمِنْ وَرَثَتِهِ إذَا مَاتَ لِأَنَّهُمْ قَائِمُونَ مَقَامَهُ لو أَوْصَى بِأَلْفٍ إلَّا شيئا أو إلَّا قَلِيلًا أو إلَّا يَسِيرًا أو زُهَاءَ أَلْفٍ أو جُلَّ هذه الْأَلْفِ أو عِظَمَ هذه الْأَلْفِ وَذَلِكَ يَخْرُجُ من الثُّلُثِ فَلَهُ النِّصْفُ من ذلك وَزِيَادَةٌ وما زَادَ على النِّصْفِ فَهُوَ إلَى الْوَرَثَةِ يُعْطُونَ منه ما شاؤوا لِأَنَّ الْقَلِيلَ وَالْكَثِيرَ وَالْيَسِيرَ من أَسْمَاءِ الْمُقَابَلَةِ فَلَا يَكُونُ قَلِيلًا إلَّا وَبِمُقَابَلَتِهِ أَكْثَرُ منه فَيَقْتَضِي وُجُودَ الْأَكْثَرِ وهو النِّصْفُ وَزِيَادَةٌ عليه وَتِلْكَ الزِّيَادَةُ مَجْهُولَةٌ فَيُعْطِيهِ الْوَرَثَةُ من الزِّيَادَةِ ما شاؤوا وَالشَّيْءُ في مِثْلِ هذا الْمَوْضِعِ يُرَادُ بِهِ الْيَسِيرُ

وَقَوْلُهُ جُلَّ هذه الْأَلْفِ وَعَامَّةَ هذه الْأَلْفِ وأعظم ( ( ( وعظم ) ) ) هذه الْأَلْفِ عِبَارَاتٌ عن أَكْثَرِ الْأَلْفِ وهو الزِّيَادَةُ على النِّصْفِ وَزُهَاءُ أَلْفٍ عِبَارَةٌ عن الْقَرِيبِ من الْأَلْفِ وَأَكْثَرُ الْأَلْفِ قَرِيبٌ من الْأَلْفِ

وَلَوْ أَوْصَى له بِسَهْمٍ من مَالِهِ فَلَهُ مِثْلُ أَخَسِّ الْأَنْصِبَاءِ يُزَادُ على الْفَرِيضَةِ ما لم يَزِدْ على السُّدُسِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا رَحِمَهُمَا اللَّهُ ما لم يَزِدْ على الثُّلُثِ

كَذَا ذُكِرَ في الْأَصْلِ

وَذُكِرَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ له مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِ الْوَرَثَةِ وَلَا يُزَادُ على السُّدُسِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يُزَادُ على الثُّلُثِ فَعَلَى رِوَايَةِ الْأَصْلِ يَجُوزُ النُّقْصَانُ عن السُّدُسِ عِنْدَهُ وَعَلَى رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لَا يَجُوزُ

وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ إذَا مَاتَ الْمُوصِي وَتَرَكَ زَوْجَةً وَابْنًا فَلِلْمُوصَى له على رِوَايَةِ الْأَصْلِ أَخَسُّ سِهَامِ الْوَرَثَةِ وهو الثُّمُنُ وَيُزَادُ على ثَمَانِيَةِ أَسْهُمٍ سَهْمٌ آخَرُ فَيَصِيرُ تِسْعَةً فَيُعْطَى تسع ( ( ( تسعة ) ) ) الْمَالِ

وَعَلَى رِوَايَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يُعْطَى السُّدُسُ لِأَنَّهُ أَخَسُّ سِهَامِ الْوَرَثَةِ

وَلَوْ تَرَكَ زَوْجَةً وَأَخًا لِأَبٍ وَأُمٍّ أو لِأَبٍ فَلِلْمُوصَى له السُّدُسُ عِنْدَهُ لِأَنَّ أَخَسَّ سِهَامِ الْوَرَثَةِ الرُّبُعُ هَهُنَا وهو لَا يُجَوِّزُ الزِّيَادَةُ على السُّدُسِ وَعِنْدَهُمَا له الرُّبُعُ لِأَنَّهُ أَقَلُّ سِهَامِ الْوَرَثَةِ وَأَنَّهُ أَقَلُّ من الثُّلُثِ فَزَادَ على أَرْبَعَةٍ مِثْلَ رُبُعِهَا وَذَلِكَ سَهْمٌ وهو خُمُسُ الْمَالِ

وَكَذَلِكَ لو مَاتَتْ امْرَأَةٌ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَابْنًا

وَلَوْ تَرَكَ ابْنَيْنِ فَلَهُ السُّدُسُ عِنْدَهُ

وَعِنْدَهُمَا له ثُلُثُ جَمِيعِ الْمَالِ وَكَذَلِكَ إنْ تَرَكَ ثَلَاثَ بَنِينَ فَإِنْ تَرَكَ خَمْسَةَ بَنِينَ فَلَهُ سُدُسُ جَمِيعِ الْمَالِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يُجْعَلُ الْمَالُ على ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ثُمَّ يُزَادُ عليه سَهْمٌ فَيُعْطَى أَرْبَعَةً إذًا وَإِنْ أَقَرَّ بِسَهْمٍ من دَارِهِ لِإِنْسَانٍ فَلَهُ السُّدُسُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا الْبَيَانُ إلَى الْمُقِرِّ

وَكَذَلِكَ إذَا أَعْتَقَ سَهْمًا من عَبْدِهِ يُعْتَقُ سُدُسُهُ عِنْدَهُ لَا غَيْرُ وَعِنْدَهُمَا يُعْتَقُ كُلُّهُ

لِأَنَّ الْعِتْقَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَجَزَّأُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ السَّهْمَ اسْمٌ لِنَصِيبٍ مُطْلَقٍ ليس له حَدٌّ مُقَدَّرٌ بَلْ يَقَعُ على الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ كَاسْمِ الْجُزْءِ إلَّا أَنَّهُ لَا يُسَمَّى سَهْمًا إلَّا بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَيُقَدَّرُ بِوَاحِدٍ من أَنْصِبَاءِ الْوَرَثَةِ وَالْأَقَلُّ مُتَيَقَّنٌ فَيُقَدَّرُ بِهِ إلَّا إذَا كان يَزِيدُ ذلك على الثُّلُثِ فَيُزَادُ إلَى الثُّلُثِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا جَوَازَ لها بِأَكْثَرَ من الثُّلُثِ من غَيْرِ إجَازَةِ الْوَرَثَةِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه ما رُوِيَ عن ابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ سُئِلَ عن رَجُلٍ أَوْصَى بِسَهْمٍ من مَالِهِ فقال له السُّدُسُ
وَالظَّاهِرُ أَنَّ الصَّحَابَةَ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ بَلَغَتْهُمْ فَتْوَاهُ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه أَحَدٌ فَيَكُونُ إجْمَاعًا
وَرُوِيَ عن إيَاسِ بن مُعَاوِيَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال السَّهْمُ في كَلَامِ الْعَرَبِ السُّدُسُ إلَّا أَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ أَيْضًا في أَحَدِ سِهَامِ الْوَرَثَةِ وَالْأَقَلُّ مُتَيَقَّنٌ بِهِ فَيُصْرَفُ إلَيْهِ فَإِنْ كان أَقَلَّ منه لَا يَبْلُغُ بِهِ السُّدُسَ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ السُّدُسَ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ مُطْلَقَ سَهْمٍ من سِهَامِ الْوَرَثَةِ فَلَا يُزَادُ على أَقَلِّ سِهَامِهِمْ بِالشَّكِّ

---



---

وَالِاحْتِمَالِ
وَلَوْ أَوْصَى له بِمِائَةِ دِينَارٍ إلَّا دِرْهَمٍ أو بِكُرِّ حِنْطَةٍ إلَّا دِرْهَمٌ أو إلَّا مَخْتُومُ شَعِيرٍ جاز ( ( ( جائز ) ) ) وهو كما قال
وَكَذَلِكَ لو قال دَارِي هذه أو عَبْدِي هذا إلَّا مِائَةَ دِرْهَمٍ جَازَ عن الثُّلُثِ وَبَطَلَ عنه قِيمَةُ مِائَةِ دِرْهَمٍ
وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ الِاسْتِثْنَاءُ بَاطِلٌ
وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ اسْتِثْنَاءَ الْمُقَدَّرِ من الْمُقَدَّرِ في الْجِنْسِ وَخِلَافِ الْجِنْسِ بَعْدَ أَنْ كان الِاسْتِثْنَاءُ مُقَدَّرًا بَعْدَ أن كان من الْمَكِيلَاتِ أو الْمَوْزُونَات أو الْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ صَحِيحٌ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ لَا يَصِحُّ إلَّا في الْجِنْسِ وَهِيَ من مَسَائِلِ كِتَابِ الْإِقْرَارِ
وَلَوْ قال أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ ما بين الْعَشَرَةِ وَالْعِشْرِينَ أو ما بين الْعَشَرَةِ إلَى الْعِشْرِينَ أو من الْعَشَرَةِ إلَى عِشْرِينَ فَهُوَ سَوَاءٌ وَلَهُ تِسْعَةَ عَشْرَ دِرْهَمًا
وَكَذَلِكَ لو قال ما بين الْمِائَةِ وَالْمِائَتَيْنِ أو ما بين الْمِائَةِ إلَى الْمِائَتَيْنِ أو من الْمِائَةِ إلَى الْمِائَتَيْنِ فَلَهُ مِائَةٌ وَتِسْعَةٌ وَتِسْعُونَ دِرْهَمًا
وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا له في الْأَوَّلِ عِشْرُونَ وفي الثَّانِي مِائَتَانِ
وَعِنْدَ زُفَرَ له ثَمَانِيَةَ عَشَرَ في الْأَوَّلِ وَمِائَةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَتِسْعُونَ في الثَّانِي
وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْغَايَتَيْنِ يَدْخُلَانِ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَدْخُلَانِ وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ تَدْخُلُ الْأُولَى دُونَ الثَّانِيَةِ
وَالْمَسْأَلَةُ مَرَّتْ في كِتَابِ الطَّلَاقِ
وَلَوْ أَوْصَى لِفُلَانٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ في عَشَرَةٍ وَنَوَى الضَّرْبَ وَالْحِسَابَ فَلَهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ له مِائَةُ دِرْهَمٍ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في كِتَابِ الطَّلَاقِ وَبِمِثْلِهِ لو أَوْصَى لغلان ( ( ( لفلان ) ) ) بِعَشَرَةِ أَذْرُعٍ في

عَشَرَةِ أَذْرُعٍ من دَارِهِ فَلَهُ مِائَةُ ذِرَاعٍ مُكَسَّرَةٍ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ بين الْمَسْأَلَتَيْنِ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ أَنَّ الضَّرْبَ يُرَادُ بِهِ تَكْسِيرُ الْأَجْزَاءِ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْمِسَاحَةَ في الطُّولِ وَالْعَرْضِ وَذَلِكَ يُوجَدُ في الدَّارِ وَالدَّرَاهِمُ مَوْزُونَةٌ وَلَيْسَ لها طُولٌ وَلَا عَرْضٌ فَلَا يُرَادُ بِالضَّرْبِ فيها تكسر ( ( ( تكسير ) ) ) أَجْزَائِهَا
وَمَعْنَى قَوْلِهِ الْمُكَسَّرَةُ أَيْ الْمُكَسَّرَةُ في الْمِسَاحَةِ وهو أَنْ يَكُونَ طُولُهَا عَشَرَةَ أَذْرُعٍ وَعَرْضُهَا عَشَرَةً
وَلَوْ أَوْصَى له بِثَوْبٍ سَبْعَةٌ في أَرْبَعَةٍ فَلَهُ كما قال وهو ثَوْبٌ طُولُهُ سَبْعَةُ أَذْرُعٍ وَعَرْضُهُ أَرْبَعَةُ أَذْرُعٍ لِأَنَّ مَفْهُومَ هذا اللَّفْظِ في الثَّوْبِ هذا فَيَنْصَرِفُ اللَّفْظُ إلَيْهِ
وَلَوْ قال عَبْدَيَّ هذا وَهَذَا لِفُلَانٍ وَصِيَّةً وَهُمَا يُخْرَجَانِ من الثُّلُثِ كان لِلْوَرَثَةِ أَنْ يُعْطُوهُ أَيَّهُمَا شاؤوا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ الْمُوَرِّثِ في جَهَالَةٍ يُمْكِنُ إزَالَتُهَا وَلَوْ كان الْمُوَرِّثُ حَيًّا كان الْبَيَانُ إلَيْهِ فإذا مَاتَ قام الْوَارِثُ مَقَامَهُ وَالْفِقْهُ في ذلك أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْوَرَثَةُ تَقُومُ مَقَامَهُ في التَّمْلِيكِ
بِخِلَافِ ما إذَا قال عَبْدِي هذا أو هذا حُرٌّ أَنَّ الْبَيَانَ إلَيْهِ لَا إلَى الْوَرَثَةِ وَيَنْقَسِمُ الْعِتْقُ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ ذلك ليس بِتَمْلِيكٍ بَلْ هو إتْلَافُ الْمِلْكِ وقد انْقَسَمَ ذلك عَلَيْهِمَا إذْ ليس أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى من الْآخَرِ فَلَا يَحْتَمِلُ الْبَيَانَ من جِهَةِ الْوَارِثِ
وَلَوْ أَوْصَى له بِحِنْطَةٍ في جَوَالِقَ فَلَهُ الْحِنْطَةُ دُونَ الْجَوَالِقِ لِأَنَّ الْمُوصَى بِهِ الْحِنْطَةُ دُونَ الْجَوَالِقِ وَالْجَوَالِقُ ليس من تَوَابِعِ الْحِنْطَةِ
أَلَا يَرَى لو بَاعَ الْحِنْطَةَ في الْجَوَالِقِ لَا يَدْخُلُ فيه الْجَوَالِقُ وَبَيْعُ الْحِنْطَةِ مع الْجَوَالِقِ ليس بِمُعْتَادٍ فَلَا يَدْخُلُ في الْوَصِيَّةِ
وَلَوْ أَوْصَى له بهذا الْجِرَابِ الْهَرَوِيِّ فَلَهُ الْجِرَابُ وما فيه لِأَنَّ الْجِرَابَ يُعَدُّ تَابِعًا لِمَا فيه عَادَةً حتى يَدْخُلَ في الْبَيْعِ فَكَذَا في الْوَصِيَّةِ
وَكَذَا لو أَوْصَى له بهذا الدَّنِّ من الْخَلِّ فَلَهُ الدَّنُّ وَالْخَلُّ
وَكَذَا لو أَوْصَى بِقَوْصَرَّةِ تَمْرٍ فَلَهُ الْقَوْصَرَّةُ وما فيها لِأَنَّ الدين ( ( ( الدن ) ) ) يُعَدُّ تَابِعًا لِلْخَلِّ وَالْقَوْصَرَّةُ لِلتَّمْرِ وَلِهَذَا يَدْخُلُ ذلك في عَقْدِ الْبَيْعِ كَذَا في الْوَصِيَّةِ
وَلَوْ أَوْصَى له بِالسَّيْفِ فَلَهُ السَّيْفُ بجفنة وَحَمَائِلِهِ وقال أبو يُوسُفَ له الفضل ( ( ( النصل ) ) ) دُونَ الْجَفْنِ وَالْحَمَائِلِ فَأَصْلُ أبي يُوسُفَ في هذا الْبَابِ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الإتصال والإنفصال فما كان مُتَّصِلًا بِهِ يَدْخُلُ وما كان مُنْفَصِلًا عنه لَا يَدْخُلُ وَالْجَفْنُ وَالْحَمَائِلُ مُنْفَصِلَانِ عن السَّيْفِ فَلَا يَدْخُلَانِ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ بِهِ وَلِهَذَا لو أَوْصَى بِدَارٍ لَا يَدْخُلُ ما فيها من الْمَتَاعِ
كَذَا هذا وَالْمُعْتَبَرُ على ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ التَّبَعِيَّةُ والإصالة في الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ وَالْجَفْنُ وَالْحَمَائِلُ يُعَدَّانِ تَابِعَانِ لِلسَّيْفِ عُرْفًا وَعَادَةً
أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا يَدْخُلَانِ في الْبَيْعِ كَذَا في الْوَصِيَّةِ
وَلَوْ أَوْصَى له بِسَرْجٍ فَلَهُ السَّرْجُ وَتَوَابِعُهُ من اللِّبَدِ وَالرِّفَادَةِ وَالطَّفْرِ وَالرِّكَابَات وَاللَّبَبِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِالسَّرْجِ إلَّا بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ فَكَانَتْ من تَوَابِعِهِ فَتَدْخُلُ في الْوَصِيَّةِ بِهِ
وقال أبو يُوسُفَ له الدَّفَّتَانِ وَالرِّكَابَانِ وَاللَّبَبُ وَلَا يَكُونُ له اللِّبَدُ وَلَا الرِّفَادَةُ وَلَا الطَّفْرُ لِأَنَّهَا مُنْفَصِلَةٌ عن السَّرْجِ
وَلَوْ أَوْصَى له بِمُصْحَفٍ وَلَهُ غِلَافٌ فَلَهُ الْمُصْحَفُ دُونَ الْغِلَافِ في قَوْلِ أبي يُوسُفَ وهو قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنهما كَذَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ عليه الرَّحْمَةُ وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ له الْمُصْحَفُ وَالْغِلَافُ

أَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ فَلِأَنَّ الْغِلَافَ مُنْفَصِلٌ

---

(7/357)

---

عن الْمُصْحَفِ فَلَا يَدْخُلُ في الْوَصِيَّةِ من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ
وأبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يقول ليس بِتَابِعٍ المصحف ( ( ( للمصحف ) ) ) بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يُكْرَهُ لِلْجُنُبِ وَالْمُحْدِثِ مَسُّ الْمُصْحَفِ بِغِلَافِهِ فَلَا يَدْخُلُ وَزُفَرُ يقول هو تَابِعٌ لِلْمُصْحَفِ فَيَدْخُلُ في الْوَصِيَّةِ
وَلَوْ أَوْصَى بِمِيزَانٍ قال أبو يُوسُفَ له الْكِفَّتَانِ وَالْعَمُودُ الذي فيه الْكِفَّتَانِ وَاللِّسَانِ وَلَيْسَ له الطِّرَازْدَانُ وَالصَّنَجَاتُ
وَأَمَّا الشَّاهِينُ فَلَهُ الْكِفَّتَانِ وَالْعَمُودُ وَلَيْسَ له الصَّنَجَاتُ وَالتَّخْتُ
وقال زُفَرُ إذَا أَوْصَى بِمِيزَانٍ فَلَهُ الطِّرَازْدَانُ وَالصَّنَجَاتِ وَالْكِفَّتَانِ وَإِنْ أَوْصَى له بِشَاهِينٍ فَلَهُ التَّخْتُ والصِّنَان ( ( ( والصنجات ) ) ) كذا في الْأَصْلِ
فَأَبُو يُوسُفَ مَرَّ على أَصْلِهِ أَنَّ الصَّنْجَةَ وَالطِّرَازْدَانَ شَيْئَانِ مُنْفَصِلَانِ فَلَا يَدْخُلَانِ في الْوَصِيَّةِ إلَّا بِالتَّسْمِيَةِ وَزُفَرُ يَجْعَلُ ذلك من تَوَابِعِ الْمِيزَانِ لِمَا أَنَّ الِانْتِفَاعَ لَا يَكُونُ إلَّا بِالْجَمِيعِ فَصَارَ كَتَوَابِعِ السَّرْجِ
وَلَوْ أَوْصَى له بِالْقَبَّانِ وَالفرسطون فَلَهُ الْعَمُودُ وَالْحَدِيدُ وَالرُّمَّانَةُ وَالْكِفَّةُ التي يُوضَعُ فيها الْمَتَاعُ في قَوْلِهِمْ جميعا لِأَنَّ اسْمَ الْقَبَّانِ يَشْمَلُ هذه الْجُمْلَةَ فيستوي فيها الِاتِّصَالُ وَالِانْفِصَالُ
وَلَوْ أَوْصَى له بِقُبَّةٍ فَلَهُ عِيدَانُ الْقُبَّةِ دُونَ كِسْوَتِهَا لِأَنَّ الْقُبَّةَ اسْمٌ لِلْخَشَبِ لَا لِلثِّيَابِ وَإِنَّمَا الثِّيَابُ اسْمٌ لِلزِّينَةِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ كِسْوَةُ الْقُبَّةِ وَالشَّيْءُ لَا يُضَافُ إلَى نَفْسِهِ هو الْأَصْلُ
وَكَذَا الْكِسْوَةُ مُنْفَصِلَةٌ منها على أَصْلِ من يَعْتَبِرُ الِاتِّصَالَ
وَلَوْ أَوْصَى بِقُبَّةٍ تُرْكِيَّةٍ وَهِيَ ما يُقَالُ لها بِالْعَجَمِيَّةِ خركاه فَلَهُ الْقُبَّةُ مع الْكِسْوَةِ وَهِيَ اللُّبُودُ
لِأَنَّهُ لَا يُقَالُ لها قُبَّةٌ تُرْكِيَّةٌ إلَّا بِلُبُودِهَا بِخِلَافِ الْقُبَّةِ الْبَلَدِيَّةِ وَيُعْتَبَرُ في ذلك الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ وَيَخْتَلِفُ الْجَوَابُ بِاخْتِلَافِ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ
وَلَوْ أَوْصَى له بحجله فَلَهُ الْكِسْوَةُ دُونَ الْعِيدَانِ لِأَنَّهَا اسْمٌ لِلْكِسْوَةِ في الْعُرْفِ
وَلَوْ أَوْصَى بِسَلَّةِ زَعْفَرَانٍ فَلَهُ الزَّعْفَرَانُ دُونَ السَّلَّةِ
هَكَذَا ذُكِرَ في الْأَصْلِ
وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ مُحَمَّدًا إنَّمَا أَجَابَ فيه على عَادَةِ زَمَانِهِ لِأَنَّ في ذلك الْوَقْتِ كان لَا تُبَاعُ السَّلَّةُ مع الزَّعْفَرَانِ بَلْ كانت تُفْرَدُ عنه في الْبَيْعِ وَأَمَّا الْآنَ فالعادة أَنَّ الزَّعْفَرَانَ يُبَاعُ بِظُرُوفِهِ فَيَدْخُلُ في الْوَصِيَّةِ وَالتَّعْوِيلُ في الْبَابِ على الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ
وَلَوْ أَوْصَى له بهذا الْعَسَلِ وهو في زِقٍّ فَلَهُ الْعَسَلُ دُونَ الزِّقِّ
وَكَذَلِكَ السَّمْنُ وَالزَّيْتُ وما أَشْبَهَ ذلك لِأَنَّهُ أَوْصَى له بِالْعَسَلِ لَا بِالزِّقِّ وَالْعَسَلُ يُبَاعُ بِدُونِ ظَرْفِهِ عَادَةً فَلَا يَتْبَعُهُ في الْوَصِيَّةِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ أَوْصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ أو ابْنَتِهِ لِإِنْسَانٍ فَإِنْ كان له ابْنٌ أو ابْنَةٌ لم يَصِحَّ لِأَنَّ نَصِيبَ ابْنِهِ أو ابْنَتِهِ ثَابِتٌ بِنَصٍّ قَاطِعٍ فَلَا يَحْتَمِلُ التَّحْوِيلَ إلَى غَيْرِهِ بِالْوَصِيَّةِ
وَإِنْ لم يَكُنْ له ابْنٌ أو ابْنَةٌ صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّهَا لم تَتَضَمَّنْ تَحْوِيلَ نَصِيبٍ ثَابِتٍ

فَكَانَ وَصِيَّةً بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ أو ابْنَتِهِ وَلَيْسَ له ابْنٌ أو ابْنَةٌ وَإِنَّهَا صَحِيحَةٌ لِمَا نَذْكُرُ
وَإِنْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ أو ابْنَتِهِ وَلَهُ ابْنٌ أو ابْنَةٌ جَازَتْ لِأَنَّ مِثْلَ الشَّيْءِ غَيْرُهُ لَا عَيْنُهُ فَلَيْسَ في هذه الْوَصِيَّةِ تَحْوِيلُ نَصِيبٍ ثَابِتٍ إلَى الْمُوصَى له بَلْ يَبْقَى نَصِيبُهُ وَيُزَادُ عليه بمثله فَيُعْطَى الْمُوصَى له ثُمَّ إنْ كان أَكْثَرَ من الثُّلُثِ تَحْتَاجُ الزِّيَادَةُ إلَى الْإِجَازَةِ وَإِنْ كان ثُلُثًا أو أَقَلَّ منه لَا تَحْتَاجُ إلَى الْإِجَازَةِ حتى لو أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ وَلَهُ ابْنٌ وَاحِدٌ فَلِلْمُوصَى له نِصْفُ الْمَالِ وَلِابْنِهِ النِّصْفُ لِأَنَّهُ جَعَلَ له مِثْلَ نَصِيبِهِ فَيَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ لِلِابْنِ نَصِيبٌ وَأَنْ يَكُونَ نَصِيبُ الْمُوصَى له مِثْلَ نَصِيبِهِ وَذَلِكَ هو النِّصْفُ فَكَانَ الْمَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ كما لو كَانَا ابْنَيْنِ غير أَنَّ الزِّيَادَةَ على الثُّلُثِ هَهُنَا تَقِفُ على إجَازَةِ الِابْنِ إنْ أَجَازَ جَازَتْ الزِّيَادَةُ وَإِلَّا فَلَا
وَإِنْ كان له ابْنَانِ فَلِلْمُوصَى له ثُلُثُ الْمَالِ لِأَنَّهُ جَعَلَ لِلْمُوصَى له مِثْلَ نَصِيبِ ابْنٍ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَا يَكُونُ له مِثْلُ نَصِيبِ ابْنٍ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إلَّا وَأَنْ يَكُونَ الْمَالُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا وَلَا يَحْتَاجُ هَهُنَا إلَى الْإِجَازَةِ
وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ بِنْتِهِ
فَإِنْ كان له بِنْتٌ وَاحِدَةٌ فَلِلْمُوصَى له نِصْفُ الْمَالِ إنْ أَجَازَتْ لِأَنَّ نَصِيبَ الْبِنْتِ الْوَاحِدَةِ النِّصْفُ فَكَانَ مِثْلُ نَصِيبِهَا النِّصْفَ فَكَانَ له النِّصْفُ إنْ أَجَازَتْ وَإِلَّا فَالثُّلُثُ وَإِنْ كان له بِنْتَانِ فَلِلْمُوصَى له ثُلُثُ الْمَالِ لِأَنَّهُ إذَا كان لَهُمَا الثُّلُثَانِ كان لِكُلِّ واحدة مِنْهُمَا الثُّلُثُ وقد جَعَلَ نَصِيبَهُ مِثْلَ نَصِيبِ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا وَنَصِيبُ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا الثُّلُثُ فَكَانَ نَصِيبُهُ أَيْضًا الثُّلُثَ
وَلَوْ أَوْصَى له بِنَصِيبِ ابْنٍ لو كان فَهُوَ كما لو أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ وَلَهُ نِصْفُ الْمَالِ إنْ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ
وَلَوْ أَوْصَى له بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنٍ لو كان فَلِلْمُوصَى له ثُلُثُ الْمَالِ لِأَنَّهُ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبٍ مُقَدَّرٍ لِابْنٍ مُقَدَّرٍ وَنَصِيبُ الِابْنِ الْمُقَدَّرِ سَهْمٌ فَمِثْلُ نَصِيبِهِ يَكُونُ سَهْمًا فَكَانَ هذا وَصِيَّةً له بِسَهْمٍ من ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيهِ وَلَهُ ثَلَاثَةُ بَنِينَ وَأَوْصَى لِرَجُلٍ آخَرَ بِثُلُثِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ

---



---

النصيب ( ( ( النصب ) ) ) فَالْمَسْأَلَةُ تَخْرُجُ من ثَلَاثَةٍ وَثَلَاثِينَ لِلْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ ثَمَانِيَةٌ وَلِلْمُوصَى له الْآخَرِ سَهْمٌ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ من الْبَنِينَ ثَمَانِيَةٌ أَمَّا تَخْرِيجُهَا بِطَرِيقَةِ الْحَشْوِ فَهُوَ أَنْ تَأْخُذَ عَدَدَ الْبَنِينَ وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ وَزِدْ عليه وَاحِدًا لِأَجْلِ الْوَصِيَّةِ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ الْبَنِينَ لِأَنَّ مِثْلَ الشَّيْءِ غيره ( ( ( يزاد ) ) ) فيزاد عليه فَيَصِيرُ أَرْبَعَةً ثُمَّ اضْرِبْ الْأَرْبَعَةَ في ثَلَاثَةٍ لِأَجْلِ تَنْفِيذِ الْوَصِيَّةِ الْأُخْرَى وَهِيَ الْوَصِيَّةُ بِثُلُثِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النُّصُبِ فَيَصِيرُ اثْنَيْ عَشَرَ ثُمَّ تَطْرَحُ منها سَهْمًا وَاحِدًا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ الثَّانِيَةَ تُوجِبُ النُّقْصَانَ في نَصِيبِ الْوَرَثَةِ وَنَصِيبُ الْمُوصَى له الْأَوَّلِ شَائِعًا في كل الْمَالِ فَتُنْقِصُ من كل ثُلُثٍ سَهْمًا وَلِأَنَّك لو لم تُنْقِصْ لَا يَسْتَقِيمُ الْحِسَابُ لو اعْتَبَرْتَهُ لَوَجَدْتَهُ كَذَلِكَ فإذا نقصت ( ( ( أنقصت ) ) ) سَهْمًا من اثْنَيْ عَشَرَ بَقِيَ أَحَدَ عَشَرَ هو ثُلُثُ الْمَالِ

وَثُلُثَاهُ مثلاه وهو اثْنَانِ وَعِشْرُونَ وَجَمِيعُ الْمَالِ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ
وإذا أَرَدْتَ مَعْرِفَةَ النَّصِيبِ فَخُذْ النَّصِيبَ الذي كان وَذَلِكَ سَهْمٌ وَاحِدٌ وَاضْرِبْهُ في ثَلَاثَةٍ كما ضَرَبْتَ أَصْلَ الْمَالِ وهو ثَلَاثَةٌ ثُمَّ اضْرِبْ ثَلَاثَةً في ثَلَاثَةٍ كما ضَرَبْتَ أَصْلَ الْمَالِ لِأَنَّكَ احْتَجْتَ إلَى ضَرْبِ أَصْلِ الْمَالِ في ثَلَاثَةٍ مَرَّةً أُخْرَى حتى بَلَغَ جَمِيعُ الْمَالِ ثَلَاثَةً وَثَلَاثِينَ فإذا ضَرَبْت ثَلَاثَةً في ثَلَاثَةٍ صَارَ تِسْعَةً ثُمَّ اطْرَحْ منها سَهْمًا كما طَرَحْتَ من أَصْلِ الْمَالِ فَيَبْقَى ثَمَانِيَةٌ فَهُوَ نَصِيبُ الْمُوصَى له بِمِثْلِ النَّصِيبِ ثُمَّ أعطى ( ( ( أعط ) ) ) لِلْمُوصَى له نَصِيبَهُ وهو ثُلُثُ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ وَذَلِكَ سَهْمٌ يَبْقَى إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ سَهْمَانِ ضَمَّهُمَا إلَى ( ( ( ثلثي ) ) ) ثلثين الْمَالِ وَذَلِكَ اثْنَانِ وَعِشْرُونَ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْبَنِينَ الثَّلَاثَةِ ثَمَانِيَةٌ فَاسْتَقَامَ الْحِسَابُ بِحَمْدِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى
وَأَمَّا تَخْرِيجُهَا على طَرِيقِ الْخَطَأَيْنِ فَهُوَ أَنْ تَجْعَلَ ثُلُثَ الْمَالِ عَدَدًا لو أَعْطَيْتَ منه النَّصِيبَ وهو سَهْمٌ يَبْقَى وَرَاءَهُ عَدَدٌ له ثُلُثٌ لِحَاجَتِك إلَى تَنْفِيذِ الْوَصِيَّةِ الْأُخْرَى وهو الْوَصِيَّةُ بِثُلُثِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ وَأَقَلُّهُ أَرْبَعَةٌ فإذا جَعَلْتَ ثُلُثَ الْمَالِ أَرْبَعَةً أَعْطِ لِلْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ سَهْمًا من أَرْبَعَةٍ يَبْقَى ثَلَاثَةٌ فأعطى ( ( ( فأعط ) ) ) لِلْمُوصَى له بِثُلُثِ ما بَقِيَ ثُلُثَ ما بَقِيَ
وَذَلِكَ سَهْمٌ يَبْقَى سَهْمَانِ ضُمَّهُمَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ لِأَنَّ ثُلُثَ الْمَالِ لَمَّا كان أَرْبَعَةً كان ثُلُثَاهُ مِثْلَيْهِ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ وَمَتَى ضمت ( ( ( ضممت ) ) ) اثْنَيْنِ إلَى ثَمَانِيَةٍ صَارَتْ عَشَرَةً وَحَاجَتُكَ إلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ لَا غَيْرُ لِلْبَنِينَ الثَّلَاثَةِ لِأَنَّكَ قد أَعْطَيْتَ الْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ سَهْمًا فَظَهَرَ أَنَّكَ قد أَخْطَأْتَ بِزِيَادَةِ سَبْعَةٍ فَزِدْ في النَّصِيبِ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّ هذا الْخَطَأَ ما جاء إلَّا من قِبَلِ نُقْصَانِ النَّصِيبِ فَظَهَرَ أَنَّ النَّصِيبَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ أَزْيَدَ من سَهْمٍ فَزِدْ في النَّصِيبِ فَاجْعَلْهُ سَهْمَيْنِ فَيَصِيرُ الثُّلُثُ خَمْسَةً فاعط الْمُوصَى له بِمِثْلِ النَّصِيبِ سَهْمَيْنِ ثُمَّ أَعْطِ لِلْمُوصَى له الْآخَرِ سَهْمًا مِمَّا بَقِيَ يَبْقَى سَهْمَانِ ضُمَّهُمَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ عَشَرَةٌ فَتَصِيرُ اثْنَيْ عَشَرَ وَحَاجَتُكَ إلَى سِتَّةٍ فَظَهَرَ أَنَّكَ أَخْطَأْتَ في هذه الْكَرَّةِ بِزِيَادَةِ سِتَّةِ أَسْهُمٍ وكان الْخَطَأُ الْأَوَّلُ بِزِيَادَةِ سَبْعَةٍ فَانْتَقَصَ بِزِيَادَةِ سَهْمٍ في النَّصِيبِ سَهْمٌ من سِهَامِ الْخَطَأِ فَعَلِمْتَ أَنَّك مَهْمَا زِدْتَ في النَّصِيبِ سَهْمًا يَنْتَقِصُ من سِهَامِ الْخَطَأِ سَهْمٌ وإنك تَحْتَاجُ إلَى أَنْ يَذْهَبَ ما بَقِيَ من سِهَامِ الْخَطَأِ وَالْبَاقِي من سِهَامِ الْخَطَأِ سِتَّةٌ فَالَّذِي يَذْهَبُ بِهِ سِتَّةُ أَسْهُمٍ من الْخَطَأِ سِتَّةُ أَسْهُمٍ من النَّصِيبِ فَزِدْ في النَّصِيبِ سِتَّةَ أَسْهُمٍ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةً فَهَذَا هو النَّصِيبُ وَبَقِيَ إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ ثَلَاثَةٌ أَعْطِ منها سَهْمًا لِلْمُوصَى له الْآخَرِ يَبْقَى سَهْمَانِ ضُمَّهُمَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ اثْنَانِ وَعِشْرُونَ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْبَنِينَ ثَمَانِيَةٌ وَطَرِيقَةُ الْجَامِعِ الْأَصْغَرِ أو الْأَكْبَرِ أو الصَّغِيرِ أو الْكَبِيرِ مَبْنِيَّةٌ على هذه الطَّرِيقَةِ
أَمَّا طَرِيقَةُ الْجَامِعِ الْأَصْغَرِ أو الصَّغِيرِ فَهِيَ أَنَّهُ إذَا تَبَيَّنَ لَك أَنَّك أَخْطَأْت مَرَّتَيْنِ وَأَرَدْتَ مَعْرِفَةَ الثُّلُثِ فَاضْرِبْ الثُّلُثَ الْأَوَّلَ في الْخَطَأِ الثَّانِي وَالثُّلُثَ الثَّانِي في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ فما اجْتَمَعَ فَاطْرَحْ الْأَقَلَّ من الْأَكْثَرِ فما بَقِيَ فَهُوَ الثُّلُثُ وَإِنْ أَرَدْتَ مَعْرِفَةَ النَّصِيبِ فَاضْرِبْ النَّصِيبَ الْأَوَّلَ في الْخَطَأِ الثَّانِي وَاضْرِبْ النَّصِيبَ الثَّانِي في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ ثُمَّ اطْرَحْ الْأَقَلَّ من الْأَكْثَرِ فما بَقِيَ فَهُوَ النَّصِيبُ
وإذا عَرَفْت هذا فَفِي هذه الْمَسْأَلَةِ الثُّلُثُ الْأَوَّلُ أَرْبَعَةٌ وَالْخَطَأُ الثَّانِي سِتَّةٌ فَاضْرِبْ أَرْبَعَةً في سِتَّةٍ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ وَالثُّلُثُ الثَّانِي خَمْسَةٌ وَالْخَطَأُ الْأَوَّلُ سَبْعَةٌ فَاضْرِبْ خَمْسَةً في سَبْعَةٍ فَتَكُونُ خَمْسَةً وَثَلَاثِينَ ثُمَّ اطْرَحْ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ من خَمْسَةٍ وَثَلَاثِينَ فَيَبْقَى أَحَدَ عَشَرَ فَهُوَ ثُلُثُ الْمَالِ وَالنَّصِيبُ الْأَوَّلُ سَهْمٌ وَالْخَطَأُ الثَّانِي سِتَّةٌ فَاضْرِبْ سَهْمًا في سِتَّةٍ تَكُونُ سِتَّةً وَالنَّصِيبُ الثَّانِي

سَهْمَانِ وَالْخَطَأُ الْأَوَّلُ سَبْعَةٌ فَاضْرِبْ سَهْمَيْنِ في سَبْعَةٍ فَتَكُونُ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَاطْرَحْ الْأَقَلَّ وهو سِتَّةٌ

---



---

من الْأَكْثَرِ وهو أَرْبَعَةَ عَشَرَ فَيَبْقَى ثَمَانِيَةٌ فَهُوَ النَّصِيبُ
وَأَمَّا طَرِيقَةُ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ أو الْأَكْبَرِ فَهِيَ أَنَّهُ إذَا ظَهَرَ لَك الْخَطَأُ الْأَوَّلُ فَلَا تَزِدْ في النَّصِيبِ وَلَكِنْ ضَعِّفْ ما وَرَاءَ النَّصِيبِ من الثُّلُثِ ثُمَّ انْظُرْ في الْخَطَأَيْنِ وَاعْمَلْ ما عَمِلْتَ في طَرِيقَةِ الْجَامِعِ الْأَصْغَرِ
إذَا عَرَفْتَ هذا فَفِي هذه الْمَسْأَلَةِ ظَهَرَ الْخَطَأُ الْأَوَّلُ سَبْعَةٌ فَضَعِّفْ ما وَرَاءَ النَّصِيبِ من الثُّلُثِ وَذَلِكَ بِأَنْ تَزِيدَ عليه مثله فَتَصِيرُ سِتَّةً فَصَارَ الثُّلُثُ مع النَّصِيبِ سَبْعَةً فَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ سَهْمًا وَأَعْطِ بِالْوَصِيَّةِ الْأُخْرَى ثُلُثَ الْبَاقِي وَذَلِكَ سَهْمَانِ يَبْقَى أَرْبَعَةٌ ضُمَّ ذلك إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةَ عَشَرَ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ وَحَاجَتُك إلَى ثَلَاثَةٍ فَظَهَرَ الْخَطَأُ بِخَمْسَةَ عَشَرَ فإذا أَرَدْت مَعْرِفَةَ الثُّلُثِ فَخُذْ الثُّلُثَ الْأَوَّلَ وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الثَّانِي وَذَلِكَ خَمْسَةَ عَشَرَ فَتَصِيرُ سِتِّينَ وَخُذْ الثُّلُثَ الثَّانِي وَذَلِكَ سَبْعَةٌ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ سَبْعَةٌ فَتَصِيرُ تِسْعَةً وَأَرْبَعِينَ ثُمَّ أطرح الْأَقَلَّ وَذَلِكَ تِسْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ من الْأَكْثَرِ وَذَلِكَ سِتُّونَ يَبْقَى أَحَدَ عَشَرَ فَهُوَ الثُّلُثُ
وَإِنْ أَرَدْت مَعْرِفَةَ النَّصِيبِ فَخُذْ النَّصِيبَ الْأَوَّلَ وَذَلِكَ سَهْمٌ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الثَّانِي وَذَلِكَ خَمْسَةَ عَشَرَ فَتَكُونُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَخُذْ النَّصِيبَ الثَّانِي وَذَلِكَ سَهْمٌ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ سَبْعَةٌ ثُمَّ اطْرَحْ سَبْعَةً من خَمْسَةَ عَشَرَ تَبْقَى ثَمَانِيَةٌ فَهُوَ النَّصِيبُ
وَلَوْ كان له خَمْسُ بَنِينَ فَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ وَأَوْصَى لِرَجُلٍ آخَرَ بِثُلُثِ ما بَقِيَ من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَالْفَرِيضَةُ من أَحَدٍ وَخَمْسِينَ سَهْمًا لِصَاحِبِ النَّصِيبِ ثَمَانِيَةُ أَسْهُمٍ وَلِصَاحِبِ ثُلُثِ ما بَقِيَ ثُلُثُهُ وَلِكُلِّ ابْنٍ ثَمَانِيَةٌ
أَمَّا تَخْرِيجُ الْمَسْأَلَةِ على طَرِيقِ الْحَشْوِ فَهُوَ أَنْ تَأْخُذَ عَدَدَ الْبَنِينَ وَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَتُفْرِزُ نَصِيبَهُمْ وَذَلِكَ خَمْسَةُ أَسْهُمٍ وَتَزِيدُ عليه سَهْمًا آخَرَ لِأَجْلِ الْمُوصَى له بِمِثْلِ النَّصِيبِ لِأَنَّ مِثْلَ الشَّيْءِ غَيْرُهُ فَتَصِيرُ سِتَّةً فَاضْرِبْهَا في مَخْرَجِ الثُّلُثِ وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ لِأَجْلِ وَصِيَّتِهِ بِثُلُثِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ثُمَّ اطْرَحْ منها سَهْمًا وَاحِدًا لِأَجْلِ الْوَصِيَّةِ بِثُلُثِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ لِأَنَّهُ زَادَ في الْوَصِيَّةِ وَالزِّيَادَةُ في الْوَصِيَّةِ تُوجِبُ نُقْصَانًا في نَصِيبِ الْمُوصَى له الْأَوَّلِ وَثُلُثُ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ ثَمَانِيَةٌ لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَيَسْتَحِقُّ ذلك من جَمِيعِ الثُّلُثِ من كل ثُلُثٍ سَهْمٌ فَوَجَبَ أَنْ يَنْقُصَ من هذا الثُّلُثِ سَهْمٌ لِذَلِكَ قُلْنَا أنه يُطْرَحُ من هذا الثُّلُثِ سَهْمٌ فَيَبْقَى سَبْعَةَ عَشَرَ فَاجْعَلْ هذا ثُلُثَ الْمَالِ وَثُلُثَا الْمَالِ مِثْلَاهُ
وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ وَثَلَاثُونَ وَجَمِيعُ الْمَالِ أَحَدٌ وَخَمْسُونَ وَثُلُثُ الْمَالِ سَبْعَةَ عَشَرَ وإذا أَرَدْت أَنْ تَعْرِفَ قَدْرَ النَّصِيبِ فَخُذْ النَّصِيبَ وَذَلِكَ سَهْمٌ وَاضْرِبْهُ في ثَلَاثَةٍ ثُمَّ اضْرِبْ ثَلَاثَةً في ثَلَاثَةٍ لِقَوْلِهِ ثُلُثُ ما بين ( ( ( بقي ) ) ) من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَتَصِيرُ تِسْعَةً ثُمَّ انْقُصْ منها وَاحِدًا لِأَجْلِ الْمُوصَى له كما نَقَصْتَ في الِابْتِدَاءِ فَيَبْقَى ثَمَانِيَةٌ فَذَلِكَ نَصِيبُ الْمُوصَى له بِمِثْلِ النَّصِيبِ من ثُلُثِ الْمَالِ يَبْقَى إلَى تَمَامِ الْمَالِ تِسْعَةٌ فَأَعْطِ الْمُوصَى له بِثُلُثِ ما بَقِيَ من الثُّلُثِ بَعْدَ

النَّصِيبِ ثُلُثَهَا وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ فَيَبْقَى سِتَّةٌ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ وَثَلَاثُونَ فَتَصِيرُ أَرْبَعِينَ سَهْمًا فَتُقَسَّمُ بين الْبَنِينَ الْخَمْسِ لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَمَانِيَةٌ مِثْلَ ما أَعْطَيْتَ الْمُوصَى له بِمِثْلِ النَّصِيبِ

وَأَمَّا التَّخْرِيجُ على طَرِيقَةِ الْخَطَأَيْنِ فَهُوَ أَنْ تَجْعَلَ ثُلُثَ الْمَالِ عَدَدًا لو أَعْطَيْتَ منه سَهْمًا وهو النَّصِيبُ يَبْقَى وَرَاءَهُ عَدَدٌ له ثُلُثٌ لِحَاجَتِكَ إلَى إعْطَاءِ الْمُوصَى له الْآخَرِ ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدِ النَّصِيبِ وَأَقَلُّهُ أَرْبَعَةٌ فَاجْعَلْ ثُلُثَ الْمَالِ أَرْبَعَةً فَانفذ منه الْوَصِيَّتَيْنِ فَأَعْطِ الْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ سَهْمًا وَالْآخَرَ ثُلُثَ ما بَقِيَ وهو سَهْمٌ آخَرُ فَيَبْقَى وَرَاءَهُ سَهْمَانِ ضُمَّهُمَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ فَتَصِيرُ عَشَرَةً بين الْبَنِينَ الْخَمْسِ فَتَبَيَّنَ أَنَّك قد أَخْطَأْتَ بِخَمْسَةٍ لِأَنَّ حَاجَتَكَ إلَى خَمْسَةٍ لِأَنَّكَ قد أَعْطَيْت لِلْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ سَهْمًا فَلَا تَحْتَاجُ إلَّا إلَى خَمْسَةٍ فَأَزِلْ هذا الْخَطَأَ وَذَلِكَ بِالزِّيَادَةِ في النَّصِيبِ لِأَنَّ هذا الْخَطَأَ إنَّمَا جاء من قِبَلِ نُقْصَانِ النَّصِيبِ فَزِدْ في النَّصِيبِ سَهْمًا فَتَصِيرُ الثُّلُثَ على خَمْسَةٍ فَنَفِّذْ منها الْوَصِيَّتَيْنِ فَأَعْطِ الْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ سَهْمَيْنِ وَالْمُوصَى له بِثُلُثِ ما يَبْقَى سَهْمًا يَبْقَى سَهْمَانِ ضُمَّهُمَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ عَشَرَةٌ فَتَصِيرُ اثْنَيْ عَشَرَ بين الْبَنِينَ الْخَمْسِ فَيَظْهَرُ أَنَّكَ أَخْطَأْتَ بِسَهْمَيْنِ لِأَنَّ حَاجَتَكَ إلَى عَشَرَةٍ وكان الْخَطَأُ الْأَوَّلُ خَمْسَةً فَذَهَبَ من سِهَامِ الْخَطَأِ ثَلَاثَةٌ فَتَبَيَّنَ أَنَّكَ مَهْمَا زِدْتَ في النَّصِيبِ سَهْمًا تَمَامًا يَذْهَبُ من سِهَامِ الْخَطَأِ ثَلَاثَةٌ وَأَنَّك تَحْتَاجُ إلَى أَنْ يَذْهَبَ ما بَقِيَ من سِهَامِ الْخَطَأِ وهو سَهْمَانِ وطريقه أَنْ تَزِيدَ على النَّصِيبِ ثُلُثَيْ سَهْمٍ حتى يَذْهَبَ الْخَطَأُ كُلُّهُ لِأَنَّ بِزِيَادَةِ سَهْمٍ تَامٍّ إذَا كان يَذْهَبُ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ من سِهَامِ الْخَطَأِ

---



---

يُعْلَمُ ضَرُورَةً أَنَّ بِزِيَادَةِ كل ثُلُثٍ على النَّصِيبِ يَذْهَبُ سَهْمٌ من سِهَامِ الْخَطَأِ فَيَذْهَبُ بِزِيَادَةِ ثُلُثَيْ سَهْمٍ سَهْمَانِ فَصَارَ النَّصِيبُ سَهْمَيْنِ وَثُلُثَيْ سَهْمٍ وَتَمَامُ الثُّلُثِ وَرَاءَهُ ثَلَاثَةٌ فَصَارَ الثُّلُثُ كُلُّهُ خَمْسَةَ أَسْهُمٍ وَثُلُثَيْ سَهْمٍ فَانْكَسَرَ فَاضْرِبْ خَمْسَةً وثلثي ( ( ( وثلثين ) ) ) في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ سَبْعَةَ عَشَرَ لِأَنَّ خَمْسَةً في ثَلَاثَةٍ تَكُونُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَثُلُثَانِ في ثَلَاثَةٍ تَكُونُ سَهْمَيْنِ فَذَلِكَ سَبْعَةَ عَشَرَ فَهُوَ الثُّلُثُ

وَالثُّلُثَانِ مِثْلَا ذلك فَتَصِيرُ أحد ( ( ( أحدا ) ) ) وَخَمْسِينَ وَالنَّصِيبُ سَهْمَانِ وَثُلُثَا سَهْمٍ مَضْرُوبٌ في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةً لِأَنَّ سَهْمَيْنِ في ثَلَاثَةٍ سِتَّةٌ وَثُلُثَانِ في ثُلُثَيْنِ سَهْمَانِ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةً فَذَلِكَ لِلْمُوصَى له بِمِثْلِ النَّصِيبِ

بَقِيَ إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ تِسْعَةٌ فَأَعْطِ لِلْمُوصَى له بِثُلُثِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ ثُلُثَهَا وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ يَبْقَى سِتَّةٌ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ وَثَلَاثُونَ فَتَصِيرُ أَرْبَعِينَ لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْبَنِينَ الْخَمْسَةِ ثَمَانِيَةٌ

وَأَمَّا تَخْرِيجُهُ على طَرِيقَةِ الْجَامِعِ الْأَصْغَرِ وهو أَنَّهُ إذَا ظَهَرَ لَك الْخَطَأُ فَلَا تَزِيدْ على النَّصِيبِ شيئا وَلَكِنْ اضْرِبْ الثُّلُثَ الْأَوَّلَ في الْخَطَأِ الثَّانِي وَالثُّلُثَ الثَّانِي في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ فما بَلَغَ فَاطْرَحْ منه أَقَلَّهُمَا من أَكْثَرِهِمَا فما بَقِيَ فَهُوَ ثُلُثُ الْمَالِ

وَالثُّلُثُ الْأَوَّلُ هَهُنَا كان أَرْبَعَةً وَالْخَطَأُ الثَّانِي كان سَهْمَيْنِ فَاضْرِبْ سَهْمَيْنِ في أَرْبَعَةٍ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةً وَالثُّلُثُ الثَّانِي خَمْسَةٌ وَالْخَطَأُ الْأَوَّلُ كان خَمْسَةً فَاضْرِبْ

خَمْسَةً في خَمْسَةٍ فَتَصِيرُ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ فَاطْرَحْ الْأَقَلَّ من خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ فَيَبْقَى سَبْعَةَ عَشَرَ فَهُوَ ثُلُثُ الْمَالِ
وَهَكَذَا اعْمَلْ في النَّصِيبِ وهو أَنَّك تَضْرِبُ النَّصِيبَ الْأَوَّلَ في الْخَطَأِ الثَّانِي وَالنَّصِيبَ الثَّانِي في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ فما بَلَغَ فَاطْرَحْ مِثْلَ أَقَلِّهِمَا من أَكْثَرِهِمَا فما بَقِيَ فَهُوَ النَّصِيبُ وَالنَّصِيبُ الْأَوَّلُ سَهْمٌ وَالْخَطَأُ الثَّانِي سَهْمَانِ فَسَهْمٌ في سَهْمَيْنِ يَكُونُ سَهْمَيْنِ وَالنَّصِيبُ الثَّانِي سَهْمَانِ وَالْخَطَأُ الْأَوَّلُ خَمْسَةٌ فَاضْرِبْ سَهْمَيْنِ في خَمْسَةٍ تَكُونُ عَشَرَةً ثُمَّ اطْرَحْ الْأَقَلَّ وهو سَهْمَانِ من الْأَكْثَرِ وهو عَشَرَةٌ فَيَبْقَى ثَمَانِيَةٌ وهو النَّصِيبُ وَالْقِسْمَةُ بَيْنَهُمْ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا وَاخْتَارَ الْحُسَّابُ في الْخَطَأَيْنِ هذه الطَّرِيقَةَ لِمَا فيها من اللِّينِ وَالسُّهُولَةِ لِأَنَّهُ لو زِيدَ على النَّصِيبِ بَعْدَ ظُهُورِ الْخَطَأَيْنِ يَتَعَيَّنُ الْآخَرُ لِأَنَّهُ قد زَادَ عليه من حَيْثُ الْأَجْزَاءِ من الثُّلُثِ وَالثُّلُثَيْنِ ثُمَّ يَحْتَاجُ إلَى الضَّرْبِ وَفِيهِ نَوْعُ عُسْرٍ
وَأَمَّا التَّخْرِيجُ على طَرِيقَةِ الْجَامِعِ الْأَكْبَرِ فَهُوَ أَنَّهُ إذَا تَبَيَّنَ لَك الْخَطَأَ الْأَوَّلَ فَلَا تَزِدْ على النَّصِيبِ وَلَكِنْ ضَعِّفْ ما وَرَاءَ النَّصِيبِ وَوَرَاءَ النَّصِيبِ هَهُنَا ثَلَاثَةٌ فإذا ضَعَّفْتَ الثَّلَاثَةَ صَارَتْ سِتَّةً وَالثُّلُثُ سَبْعَةٌ فَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ سَهْمًا وَبِثُلُثِ ما يَبْقَى سَهْمَيْنِ يَبْقَى أَرْبَعَةٌ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وهو أَرْبَعَةَ عَشَرَ فَيَصِيرُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ بين الْبَنِينَ الْخَمْسَةِ وَحَاجَتُك إلَى خَمْسَةٍ فَتَبَيَّنَ أَنَّك قد أَخْطَأْتَ بِثَلَاثَةَ عَشَرَ ثُمَّ اضْرِبْ هذا الْخَطَأَ في الثُّلُثِ الْأَوَّلِ يَصِيرُ اثْنَيْنِ وَخَمْسِينَ وَاضْرِبْ الْخَطَأَ الْأَوَّلَ وهو خَمْسَةٌ في الثُّلُثِ الثَّانِي وهو سَبْعَةٌ فَتَصِيرُ خَمْسَةً وَثَلَاثِينَ ثُمَّ اطْرَحْ الْأَقَلَّ من الْأَكْثَرِ فَتَصِيرُ سَبْعَةَ عَشَرَ وفي النَّصِيبِ اعْمَلْ هَكَذَا فَاضْرِبْ النَّصِيبَ الْأَوَّلَ في الْخَطَأِ الثَّانِي فَتَصِيرُ ثَلَاثَةَ عَشَرَ وَالنَّصِيبَ الثَّانِي في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ فَتَصِيرُ خَمْسَةً ثُمَّ اطْرَحْ خَمْسَةً من ثَلَاثَةَ عَشَرَ فما بَقِيَ فَهُوَ النَّصِيبُ وَطَرِيقَةُ الْجَامِعِ الْأَصْغَرِ أَسْهَلُ
وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ وَلِآخَرَ بِرُبُعِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدِ النَّصِيبِ فَالْمَسْأَلَةُ تُخَرَّجُ من تِسْعَةٍ وَسِتِّينَ لِلْمُوصَى له بِمِثْلِ النَّصِيبِ أَحَدَ عَشَرَ والموصى ( ( ( وللموصى ) ) ) له بِرُبُعِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ ثَلَاثَةٌ وَلِكُلِّ ابْنٍ أَحَدَ عَشَرَ
أَمَّا التَّخْرِيجُ على طَرِيقَةِ الْحَشْوِ فَهُوَ أَنْ تَأْخُذَ عَدَدَ الْبَنِينَ وهو خَمْسَةٌ وَتَزِيدَ عليها سَهْمًا لِأَجْلِ صَاحِبِ النَّصِيبِ فَتَصِيرُ سِتَّةً ثُمَّ اضْرِبْ السِّتَّةَ في مَخْرَجِ الرُّبُعِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ لِأَجْلِ صَاحِبِ الرُّبُعِ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ثُمَّ اطْرَحْ منها سَهْمًا لِمَا ذَكَرْنَا فَيَبْقَى ثَلَاثَةٌ وَعِشْرُونَ فَهُوَ ثُلُثُ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ وَذَلِكَ سِتَّةٌ وَأَرْبَعُونَ وَجُمْلَةُ الْمَالِ تِسْعَةٌ وَسِتُّونَ وَالنَّصِيبُ سَهْمٌ مَضْرُوبٌ في أَرْبَعَةٍ ثُمَّ الْأَرْبَعَةُ في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ اثْنَيْ عَشَرَ ثُمَّ اطْرَحْ منه سَهْمًا يبقي أَحَدَ عَشَرَ فَهُوَ لِلْمُوصَى له بِمِثْلِ النَّصِيبِ فَيَبْقَى إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ اثْنَا عَشَرَ فَأَعْطِ منها رُبْعَ ما بَقِيَ من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ يَبْقَى تِسْعَةٌ ضمهما ( ( ( ضمها ) ) ) إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ سِتَّةٌ وَأَرْبَعُونَ فَتَصِيرُ خَمْسَةً وَخَمْسِينَ بين الْبَنِينَ الْخَمْسَةِ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَحَدَ عَشَرَ فَاسْتَقَامَ الْحِسَابُ
وَأَمَّا التَّخْرِيجُ على طَرِيقَةِ الْخَطَّائِينَ فَهُوَ أَنْ تَجْعَلَ ثُلُثَ الْمَالِ عَدَدًا لو أَعْطَيْتَ منه النَّصِيبَ يَبْقَى وَرَاءَهُ عَدَدٌ له رُبْعٌ وَأَقَلُّهُ خَمْسَةٌ فَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ سَهْمًا يَبْقَى أَرْبَعَةٌ فَأَعْطِ رُبْعَ ما يَبْقَى سَهْمًا يبقى ( ( ( ويبقى ) ) ) ثَلَاثَةٌ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ عَشَرَةٌ فَتَصِيرُ ثَلَاثَةَ

عَشَرَ وَحَاجَتُك إلَى خَمْسَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْبَنِينَ سَهْمٌ لِيَكُونَ نَصِيبُ كل وَاحِدٍ منهم مِثْلَ نَصِيبِ صَاحِبِ النَّصِيبِ فَظَهَرَ أَنَّكَ أَخْطَأْت بِثَمَانِيَةِ أَسْهُمٍ فَزِدْ في النَّصِيبِ سَهْمًا فَيَصِيرُ الثُّلُثُ سِتَّةً فَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ سَهْمَيْنِ وَبِرُبْعِ ما يَبْقَى سَهْمًا يَبْقَى ثَلَاثَةٌ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وهو اثْنَا عَشَرَ فَيَصِيرُ خَمْسَةَ عَشَرَ فَظَهَرَ لَك أَنَّكَ أَخْطَأْتَ بِخَمْسَةٍ لِأَنَّ حَاجَتَك إلَى عَشَرَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْبَنِينَ الْخَمْسَةِ سَهْمَانِ كما لِلْمُوصَى له بالنصيب ( ( ( النصيب ) ) ) إلَّا أَنَّهُ انْتَقَصَ من سِهَامِ الْخَطَأِ في هذه الْكَرَّةِ ثَلَاثَةً لِأَنَّ الْخَطَأَ الْأَوَّلَ كان بِثَمَانِيَةٍ وفي هذه الْكَرَّةِ بِخَمْسَةٍ فَتَبَيَّنَ أَنَّك مَهْمَا زِدْتَ في النَّصِيبِ سَهْمًا كَامِلًا يَذْهَبُ من سِهَامِ الْخَطَأِ ثَلَاثَةٌ فَزِدْ ثُلُثَيْ سَهْمٍ على سَهْمَيْنِ حتى يَذْهَبَ الْخَطَأُ كُلُّهُ فَصَارَ النَّصِيبُ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ وَثُلُثَيْ سَهْمٍ ووارءه ( ( ( ووراءه ) ) ) أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ فَيَصِيرُ الثُّلُثُ سَبْعَةَ أَسْهُمٍ وَثُلُثَيْ سَهْمٍ وَانْكَسَرَ بِالْأَثْلَاثِ فَاضْرِبْ سَبْعَةَ أَسْهُمٍ وَثُلُثَيْ سَهْمٍ في ثَلَاثَةٍ لِيَزُولَ الْكَسْرُ فَيَصِيرُ ثَلَاثَةً وَعِشْرِينَ فَهُوَ ثُلُثُ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ وهو سِتَّةٌ وَأَرْبَعُونَ فَكُلُّ الْمَالِ تِسْعَةٌ وَسِتُّونَ وَالنَّصِيبُ ثَلَاثَةٌ وَثُلُثَانِ مَضْرُوبًا في ثَلَاثَةٍ فَيَكُونُ أَحَدَ عَشَرَ وَالْبَاقِي إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ اثْنَا عَشَرَ ثَلَاثَةٌ منها وَهِيَ رُبْعُ ما بَقِيَ من كل الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ لِلْمُوصَى له بِالرُّبْعِ فَيَبْقَى تِسْعَةٌ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ فَيَصِيرُ خَمْسَةً وَخَمْسِينَ لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْبَنِينَ أَحَدَ عَشَرَ وَالتَّخْرِيجُ على طَرِيقَةِ الْأَصْغَرِ وَالْأَكْبَرِ على نَحْوِ ما بَيَّنَّا وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ وَلِآخَرَ بِخُمْسِ ما بَقِيَ من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَالْمَسْأَلَةُ تَخْرُجُ من سَبْعَةٍ وَثَمَانِينَ لِصَاحِبِ النَّصِيبِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَلِصَاحِبِ الْخُمُسِ ثَلَاثَةٌ وَلِكُلِّ ابْنٍ أَرْبَعَةَ عَشَرَ

أَمَّا التَّخْرِيجُ على طَرِيقَةِ الْحَشْوِ فَعَلَى نَحْوِ ما ذَكَرْنَا أَنَّك تَأْخُذُ عَدَدَ الْبَنِينَ وَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَتَزِيدُ عليها وَاحِدًا كما فَعَلْتَ في الْمَسَائِلِ الْمُتَقَدِّمَةِ فَتَصِيرُ سِتَّةً ثُمَّ اضْرِبْ سِتَّةً في مَخْرَجِ الْخَمْسِ وهو خَمْسَةٌ فَتَصِيرُ ثَلَاثِينَ ثُمَّ انْقُصْ منها وَاحِدًا لِلْمَعْنَى الذي ذَكَرْنَا فَيَبْقَى تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ فَاجْعَلْ هذا ثُلُثَ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ وَخَمْسُونَ وَجَمِيعُ الْمَالِ سَبْعَةٌ وَثَمَانُونَ فإذا أَرَدْتَ أَنْ تَعْرِفَ النَّصِيبَ فَخُذْ النَّصِيبَ وَذَلِكَ سَهْمٌ فَاضْرِبْهُ في خَمْسَةٍ ثُمَّ اضْرِبْ خَمْسَةً في ثَلَاثَةٍ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ فَيَصِيرُ خَمْسَةَ عَشَرَ ثُمَّ انْقُصْ منها سَهْمًا فَيَبْقَى أَرْبَعَةَ عَشَرَ فَهَذَا هو النَّصِيبُ أعط ( ( ( فأعط ) ) ) لِلْمُوصَى له بِمِثْلِ النَّصِيبِ يَبْقَى إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ خَمْسَةَ عَشَرَ فَأَعْطِ لِلْمُوصَى له بِالْخُمُسِ خُمُسَ ذلك وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ يَبْقَى هُنَاكَ اثْنَا عَشَرَ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ وَخَمْسُونَ فَتَصِيرُ سَبْعِينَ فَاقْسِمْهَا بين الْبَنِينَ الْخَمْسَةِ لِكُلِّ ابْنٍ أَرْبَعَةَ عَشَرَ مِثْلُ ما كان لِلْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ

وَأَمَّا التَّخْرِيجُ على طَرِيقَةِ الْخَطَّائِينَ فَعَلَى نَحْوِ ما بَيَّنَّا أَنَّك تَجْعَلُ ثُلُثَ الْمَالِ عَدَدًا لو أَعْطَيْنَا منه نَصِيبًا يَبْقَى وَرَاءَهُ عَدَدٌ له خُمْسٌ وَأَقَلُّ ذلك سِتَّةٌ فتعطى منها سَهْمًا بِالنَّصِيبِ وَسَهْمًا بِخُمْسِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَيَبْقَى وَرَاءَهُ أَرْبَعَةٌ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ فَتَصِيرُ سِتَّةَ عَشَرَ فَتَبَيَّنَ أَنَّك أَخْطَأْت بِأَحَدَ عَشَرَ لِأَنَّ حَاجَتَكَ إلَى خَمْسَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْبَنِينَ سَهْمٌ مِثْلُ ما كان لِلْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ فَزِدْ في النَّصِيبِ سَهْمًا فَيَصِيرُ الثُّلُثُ سَبْعَةً فَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ سَهْمَيْنِ ثُمَّ أَعْطِ بِخُمْسِ ما بَقِيَ سَهْمًا فَيَبْقَى هُنَاكَ أَرْبَعَةٌ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ أربع ( ( ( أربعة ) ) ) عَشَرَ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ فَتَبَيَّنَ أَنَّك أَخْطَأْت في هذه الْكَرَّةِ بِزِيَادَةِ ثَمَانِيَةٍ

لِأَنَّ حَاجَتَك إلَى عَشَرَةٍ لِكُلِّ ابْنٍ سَهْمَانِ كما كان لِلْمُوصَى له فَظَهَرَ لَك أَنَّ

بِزِيَادَةِ كل سَهْمٍ على النَّصِيبِ يَذْهَبُ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ من الْخَطَأِ وَأَنَّك تَحْتَاجُ إلَى أَنْ يَذْهَبَ ما بَقِيَ من سِهَامِ الْخَطَأِ وَهِيَ ثَمَانِيَةُ أَسْهُمٍ فَزِدْ سَهْمَيْنِ وَثُلُثَيْ سَهْمٍ على سَهْمَيْنِ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةَ أَسْهُمٍ وَثُلُثَيْ سَهْمٍ وما وَرَاءَهُ خَمْسَةُ أَسْهُمٍ فَصَارَ الثُّلُثُ تِسْعَةَ أَسْهُمٍ وَثُلُثَيْ سَهْمٍ فَاضْرِبْ هذه الْجُمْلَةَ في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ تِسْعَةً وَعِشْرِينَ فَهُوَ ثُلُثُ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ فَتَصِيرُ جُمْلَةُ الْمَالِ سَبْعَةً وَثَمَانِينَ فَالنَّصِيبُ أَرْبَعَةٌ وَثُلُثَانِ مَضْرُوبٌ في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَالْبَاقِي إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ خَمْسَةَ عَشَرَ فَأَخْرِجْ منها الْخُمْسَ وَضُمَّ الْبَاقِيَ إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ على ما عَلَّمْنَاكَ وطريقنا ( ( ( وطريقنا ) ) ) الْجَامِعُ الْأَصْغَرُ وَالْأَكْبَرُ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا

وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إلَّا ثُلُثَ ما بَقِيَ من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَالْمَسْأَلَةُ تُخَرَّجُ من سَبْعَةٍ وَخَمْسِينَ فَالنَّصِيبُ عَشَرَةٌ وَالِاسْتِثْنَاءُ ثَلَاثَةٌ وَلِكُلِّ ابْنٍ عَشَرَةٌ

أَمَّا على طَرِيقَةِ الْحَشْوِ فَهُوَ أَنَّك تَأْخُذُ نَصِيبَ الْوَرَثَةِ على عَدَدِهِمْ وَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَتَزِيدُ عليها وَاحِدًا فَتَصِيرُ سِتَّةً ثُمَّ اضْرِبْ سِتَّةً في ثَلَاثَةٍ لِقَوْلِهِ إلَّا ثُلُثَ ما بَقِيَ من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ثُمَّ زِدْ عليها سَهْمًا لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ من وَصِيَّتِهِ يُوجِبُ زِيَادَةً

---



---

في نَصِيبِ الْوَرَثَةِ وَهِيَ شَائِعَةٌ في كل الْمَالِ فَتَزِيدُ على كل ثُلُثٍ سَهْمًا كما كُنْتَ تُنْقِصُ في الْمَسَائِلِ الْمُتَقَدِّمَةِ من كل ثُلُثٍ سَهْمًا لِأَنَّ النُّقْصَانَ هُنَاكَ ما كان لِذَاتِهِ لِمَا ذَكَرْنَا وَلِاسْتِقَامَةِ الْحِسَابِ وَهَهُنَا لَا يَسْتَقِيمُ إلَّا بِالزِّيَادَةِ فَتُزَادُ فَتَصِيرُ تِسْعَةَ عَشَرَ فَاجْعَلْ هذا ثُلُثَ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ وَثَلَاثُونَ وَجَمِيعُ الْمَالِ سَبْعَةٌ وَخَمْسُونَ

وإذا أَرَدْتَ مَعْرِفَةَ النَّصِيبِ فَالنَّصِيبُ كان وَاحِدًا فَاضْرِبْهُ في ثَلَاثَةٍ ثُمَّ اضْرِبْ ثَلَاثَةً في ثَلَاثَةٍ لِمَا ذَكَرْنَا فَتَصِيرُ تِسْعَةً ثُمَّ زِدْ عليها وَاحِدًا كما زِدْتَ في الِابْتِدَاءِ فَتَصِيرُ عَشَرَةً فَهَذَا هو النَّصِيبُ وَبَقِيَ إلَى تَمَامِ ثُلُثِ الْمَالِ تِسْعَةٌ فَاسْتَثْنِ من النَّصِيبِ مِقْدَارَ ثُلُثِ ما بَقِيَ وهو ثَلَاثَةٌ فإذا اسْتَثْنَيْتَ من الْعَشَرَةِ ثَلَاثَةً يَبْقَى لِلْمُوصَى له سَبْعَةُ أَسْهُمٍ فَضُمَّ الْمُسْتَثْنَى وهو الثَّلَاثَةُ مع ما بَقِيَ وهو تِسْعَةٌ وَذَلِكَ اثْنَا عَشَرَ إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ وَثَلَاثُونَ فَتَصِيرُ خَمْسِينَ فَاقْسِمْهَا على الْبَنِينَ الْخَمْسِ لِكُلِّ ابْنٍ عَشَرَةٌ مِثْلُ ما كان لِلْمُوصَى له قبل الِاسْتِثْنَاءِ

وَأَمَّا طَرِيقَةُ الْخَطَّائِينَ فَهِيَ أَنْ تَجْعَلَ الثُّلُثَ على عَدَدٍ لو أَعْطَيْتَ منه نَصِيبًا يَبْقَى وَرَاءَهُ ثَلَاثَةٌ وَلَوْ اسْتَثْنَيْتَ من النَّصِيبِ ثُلُثَ ما يَبْقَى يَبْقَى وَرَاءَهُ سَهْمٌ وَأَقَلُّ ذلك أَنْ يَجْعَلَ الثُّلُثَ على خَمْسَةِ أَسْهُمٍ فَأَعْطِ لِلْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ سَهْمَيْنِ ثُمَّ اسْتَثْنِ منه مِثْلَ ثُلُثِ ما يَبْقَى وهو وَاحِدٌ وَضُمَّهُ إلَى ما بَقِيَ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً فَضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وهو عَشَرَةُ أَسْهُمٍ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةَ عَشَرَ سَهْمًا وَحَاجَتُكَ إلَى عَشَرَةِ أَسْهُمٍ لِكُلِّ ابْنٍ سَهْمَانِ مِثْلُ ما أَعْطَيْتَ لِلْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ فَظَهَرَ أَنَّكَ أَخْطَأْتَ بِزِيَادَةِ أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ فَزِدْ في النَّصِيبِ سَهْمًا فَتَصِيرُ ثَلَاثَةً وَوَرَاءَهُ ثَلَاثَةٌ ثُمَّ اسْتَثْنِ منه سَهْمًا وَضُمَّهُ إلَى ما بَقِيَ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً ثُمَّ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ اثْنَا عَشَرَ فَتَصِيرُ سِتَّةَ عَشَرَ وَحَاجَتُكَ إلَى خَمْسَةَ عَشَرَ لِكُلِّ ابْنٍ ثَلَاثَةٌ مِثْلُ ما أَعْطَيْتَ لِلْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ فَظَهَرَ أَنَّكَ

أَخْطَأْتَ بِسَهْمٍ وَالْخَطَأُ الْأَوَّلُ كان بِأَرْبَعَةٍ فَظَهَرَ أَنَّ بِزِيَادَةِ سَهْمٍ على النَّصِيبِ يَذْهَبُ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ من الْخَطَأِ فَتَعْلَمُ أَنَّ بِزِيَادَةِ ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ أُخَرَ يَذْهَبُ ما بَقِيَ من الْخَطَأِ فزد ( ( ( فرد ) ) ) ثُلُثًا آخَرَ فَيَصِيرُ النَّصِيبُ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ وَثُلُثَ سَهْمٍ وما بَقِيَ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ فَتَصِيرُ سِتَّةَ أَسْهُمٍ وَثُلُثَ سَهْمٍ فَاضْرِبْهَا في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ تِسْعَةَ عَشَرَ فَهَذَا ثُلُثُ الْمَالِ وَالنَّصِيبُ ثَلَاثَةٌ وَثُلُثُ سَهْمٍ مَضْرُوبٍ في ثَلَاثَةٍ فَيَكُونُ عَشَرَةً وَالِاسْتِثْنَاءُ منه ثَلَاثَةٌ فَذَلِكَ سَبْعَةٌ وَهِيَ لِلْمُوصَى له وَلِكُلِّ ابْنٍ عَشَرَةٌ فَخَرَجَتْ الْفَرِيضَةُ من سَبْعَةٍ وَخَمْسِينَ
هذا إذَا اسْتَثْنَى ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ
فَأَمَّا إذَا اسْتَثْنَى رُبْعَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ بِأَنْ أَوْصَى له بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيهِ الْخَمْسِ إلَّا رُبْعَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَالْفَرِيضَةُ من خَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ النَّصِيبُ منها ثَلَاثَةَ عَشَرَ وَالِاسْتِثْنَاءُ ثَلَاثَةٌ وَلِكُلِّ ابْنٍ أَرْبَعَةَ عَشَرَ

أَمَّا طَرِيقَةُ الْحَشْوِ فما ذَكَرْنَا أَنْ تَأْخُذَ عَدَدَ الْبَنِينَ وَتَزِيدَ عليه سَهْمًا فَتَصِيرُ سِتَّةً ثُمَّ اضْرِبْهُ في مَخْرَجِ الرُّبْعِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ثُمَّ زِدْ عليها وَاحِدًا لِمَا ذَكَرْنَا فَتَصِيرُ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ فَاجْعَلْ هذا ثُلُثَ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ وَذَلِكَ خَمْسُونَ وَجَمِيعُ الْمَالِ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ
هذا لِمَعْرِفَةِ أَصْلِ الْمَالِ وَأَمَّا مَعْرِفَةُ النَّصِيبِ فَإِنْ كان وَاحِدًا فَاضْرِبْهُ في أَرْبَعَةٍ لِمَا ذَكَرْنَا فيها ( ( ( فيما ) ) ) تَقَدَّمَ فَيَصِيرُ أَرْبَعَةً ثُمَّ اضْرِبْ أَرْبَعَةً في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ اثْنَيْ عَشَرَ فَزِدْ عليها وَاحِدًا لِمَا ذَكَرْنَا أَيْضًا فَتَصِيرُ ثَلَاثَةَ عَشَرَ هذا هو النَّصِيبُ فَيَبْقَى إلَى تَمَامِ ثُلُثِ الْمَالِ وهو خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ اثْنَا عَشَرَ فَاسْتَرْجِعْ من النَّصِيبِ بِحُكْمِ الِاسْتِثْنَاءِ رُبْعَ ذلك وهو ثَلَاثَةٌ فَبَقِيَ لِلْمُوصَى له عَشَرَةٌ ثُمَّ ضُمَّ هذه الثَّلَاثَةَ إلَى اثْنَيْ عَشَرَ فَاسْتَرْجِعْ من النَّصِيبِ بِحُكْمِ الِاسْتِثْنَاءِ رُبْعِ ذلك وهو ثَلَاثَةٌ فَبَقِيَ لِلْمُوصَى له عَشَرَةٌ ثُمَّ ضُمَّ هذه الثَّلَاثَةَ إلَى اثْنَيْ عَشَرَ فَتَصِيرُ خَمْسَةَ عَشَرَ ثُمَّ تَضُمُّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ خَمْسُونَ فَتَصِيرُ خَمْسَةً وَسِتِّينَ فَاقْسِمْ بين الْبَنِينَ الْخَمْسَ لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَةَ عَشَرَ مِثْلُ ما كان لِلْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ قبل الِاسْتِثْنَاءِ
وَأَمَّا طَرِيقَةُ الْخَطَّائِينَ فَهِيَ أَنْ تَجْعَلَ ثُلُثَ الْمَالِ عَدَدًا إذَا أَعْطَيْتَ منه النَّصِيبَ يَبْقَى وَرَاءَهُ أَرْبَعَةٌ وإذا اسْتَثْنَيْتَ من النَّصِيبِ مِثْلَ رُبْعِ ما بَقِيَ من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ يَبْقَى وَرَاءَهُ سَهْمٌ وَأَقَلُّ ذلك سِتَّةٌ فَاجْعَلْهَا ثُلُثَيْ الْمَالِ فَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ سَهْمَيْنِ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ منه بِالِاسْتِثْنَاءِ مِثْلَ رُبْعِ ما بَقِيَ وَذَلِكَ سَهْمٌ وَضُمَّهُ إلَى ما بَقِيَ فَتَصِيرُ خَمْسَةً ثُمَّ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ اثْنَا عَشَرَ فَتَصِيرُ سَبْعَةَ عَشَرَ فَتَبَيَّنَ أَنَّك أَخْطَأْتَ بِزِيَادَةِ سَبْعَةٍ وَإِنَّ حَاجَتَكَ إلَى الْعَشَرَةِ لِكُلِّ ابْنٍ سَهْمَانِ مِثْلُ ما أَعْطَيْتَ لِصَاحِبِ النَّصِيبِ لِأَنَّ نَصِيبَهُ مِثْلُ نصيبهم ( ( ( نصبهم ) ) ) فَزِدْ في النَّصِيبِ سَهْمًا فَتَصِيرُ ثَلَاثَةً فَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ منه مِثْلَ رُبْعِ ما يَبْقَى وهو سَهْمٌ وَضُمَّهُ إلَى ما بَقِيَ وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ فَتَصِيرُ خَمْسَةً فَضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةَ عَشَرَ فَتَصِيرُ تِسْعَةَ عَشَرَ فَيَظْهَرُ أَنَّك أَخْطَأْتَ في

---

هذه الْكَرَّةِ بِأَرْبَعَةٍ لِأَنَّ حَاجَتَكَ إلَى خَمْسَةَ عَشَرَ لِكُلِّ ابْنٍ ثَلَاثَةٌ مِثْلُ ما أَعْطَيْتَ لِلْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ وَتَبَيَّنَ لك أَنَّك مهام ( ( ( مهما ) ) ) زِدْتَ في النَّصِيبِ سَهْمًا انْتَقَصَ من سِهَامِ الْخَطَأِ ثَلَاثَةٌ وقد بَقِيَ من سِهَامِ الْخَطَأِ أَرْبَعَةٌ وإنك تَحْتَاجُ إلَى إذْهَابِهَا فَزِدْ في النَّصِيبِ قَدْرَ ما يَذْهَبُ بِهِ وهو أَرْبَعَةٌ فَزِدْ في النَّصِيبِ سَهْمًا وَثُلُثَ سَهْمٍ حتى تَذْهَبَ بِهِ سِهَامُ الْخَطَأِ كُلُّهَا فَصَارَ النَّصِيبُ أَرْبَعَةَ أَسْهُمٍ وَثُلُثَ سَهْمٍ وما بَقِيَ أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةَ أَسْهُمٍ وَثُلُثَ سَهْمٍ فَاضْرِبْهَا في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ وَهِيَ ثُلُثُ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ وَذَلِكَ خَمْسُونَ وَجُمْلَتُهُ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ وَالنَّصِيبُ أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ وَثُلُثُ سَهْمٍ مَضْرُوبٌ في ثَلَاثَةٍ فَيَكُونُ ثَلَاثَةَ عَشَرَ استن ( ( ( استثن ) ) ) منها ثَلَاثَةً فَيَبْقَى عَشَرَةٌ ثُمَّ ضُمَّ هذه الثَّلَاثَةَ إلَى اثْنَيْ عَشَرَ يَصِيرُ خَمْسَةَ عَشَرَ ثُمَّ تَضُمُّ إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ خَمْسُونَ فَتَصِيرُ خَمْسَةً وَسِتِّينَ وَاقْسِمْهُ بين الْبَنِينَ الْخَمْسَةِ لِكُلِّ ابْنٍ ثَلَاثَةَ عَشَرَ مِثْلُ ما كان لِلْمُوصَى له قبل الِاسْتِثْنَاءِ وَالتَّخْرِيجُ على طَرِيقَةِ الْجَامِعِ الْأَصْغَرِ ووالأكبر ( ( ( والأكبر ) ) ) على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا

ولوكان ثَلَاثُ بَنِينَ وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إلَّا ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَالْمَسْأَلَةُ تُخَرَّجُ من تِسْعَةٍ وَثَلَاثِينَ الثُّلُثُ منها ثَلَاثَةَ عَشَرَ وَالنَّصِيبُ بَعْدَ الِاسْتِثْنَاءِ تِسْعَةٌ وَتَخْرِيجُهَا على طَرِيقَةِ الْحَشْوِ أَنْ تَأْخُذَ عَدَدَ الْبَنِينَ وهو ثَلَاثَةٌ ثُمَّ زِدْ عليها سَهْمًا لِأَجْلِ النَّصِيبِ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً ثُمَّ اضْرِبْ الْأَرْبَعَةَ في ثَلَاثَةٍ لِأَنَّ الْمُسْتَثْنَى ثَلَاثَةٌ فَتَصِيرُ اثْنَيْ عَشَرَ ثُمَّ زِدْ وَاحِدًا فَتَصِيرُ ثَلَاثَةَ عَشَرَ فَهَذَا ثُلُثُ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ وَذَلِكَ سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ

وَأَمَّا مَعْرِفَةُ النَّصِيبِ الْكَامِلِ فَهُوَ أَنْ تَأْخُذَ النَّصِيبَ وَذَلِكَ سَهْمٌ وَاحِدٌ وَاضْرِبْهُ في مَخْرَجِ الثُّلُثِ فَتَصِيرُ ثَلَاثَةً ثُمَّ اضْرِبْ ثَلَاثَةً في ثَلَاثَةٍ لِمَكَانِ الثُّلُثِ فَتَصِيرُ تِسْعَةً ثُمَّ زِدْ عليها وَاحِدًا كما زِدْت في الثُّلُثِ فَتَصِيرُ عَشَرَةً فَهُوَ النَّصِيبُ الْكَامِلُ فَأَعْطِ لِصَاحِبِ النَّصِيبِ عَشَرَةً من الثُّلُثِ وهو ثَلَاثَةَ عَشَرَ فَيَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ ثَلَاثَةٌ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ من النَّصِيبِ بِسَبَبِ الِاسْتِثْنَاءِ ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ وَذَلِكَ وَاحِدٌ وَضُمَّهُ إلَى ما يبقي ( ( ( بقي ) ) ) من الثُّلُثِ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً فَهَذِهِ الْأَرْبَعَةُ فَضَلَتْ عن الْوَصِيَّةِ فَضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ فَتَصِيرُ ثَلَاثِينَ لِكُلِّ ابْنٍ عَشَرَةٌ مِثْلُ النَّصِيبِ الْكَامِلِ قبل الِاسْتِثْنَاءِ وَحَصَلَ لِلْمُوصَى له بَعْدَ الِاسْتِثْنَاءِ تِسْعَةٌ

وَأَمَّا التَّخْرِيجُ على طَرِيقَةِ الْخَطَّائِينَ فَهُوَ أَنْ تعجل ( ( ( تجعل ) ) ) ثُلُثَ الْمَالِ عَدَدًا لو أَعْطَيْتَ بِالنَّصِيبِ شيئا ثُمَّ اسْتَرْجَعْتَ من النَّصِيبِ بِالِاسْتِثْنَاءِ ثُلُثَ ما بَقِيَ من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ يَبْقَى في يَدِ الْمُوصَى له شَيْءٌ

وَأَقَلُّ ذلك خَمْسَةٌ فَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ سَهْمَيْنِ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ منه سَهْمًا لِمَكَانِ الِاسْتِثْنَاءِ وَضُمَّهُ إلَى ما بَقِيَ من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً فَهِيَ فَاضِلَةٌ من الْوَصِيَّةِ فَضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ عَشَرَةٌ فَصَارَ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَحَاجَتُك إلَى سِتَّةٍ لِأَنَّك أَعْطَيْتَ بِالنَّصِيبِ الْكَامِلِ سَهْمَيْنِ فَظَهَرَ أَنَّك أَخْطَأْتَ بِثَمَانِيَةٍ فَزِدْ على النَّصِيبِ سَهْمًا آخَرَ حتى إذَا أَعْطَيْت بِالنَّصِيبِ ثَلَاثَةً يَبْقَى بَعْدَهُ مَالُهُ ثُلُثٌ لما ( ( ( لمكان ) ) ) كان الِاسْتِثْنَاءِ فَاجْعَلْ الثُّلُثَ سِتَّةً فَأَعْطِ النَّصِيبَ ثَلَاثَةً يَبْقَى ثَلَاثَةٌ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ من النَّصِيبِ سَهْمًا فَصَارَ مَعَك أَرْبَعَةٌ فَضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ اثْنَا عَشَرَ فَصَارَ سِتَّةَ عَشَرَ وَحَاجَتُك إلَى تِسْعَةٍ لِأَنَّك أَعْطَيْت بِالنَّصِيبِ ثَلَاثَةً فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ ابْنٍ مِثْلُ ذلك ثَلَاثَةٌ فَظَهَرَ أَنَّك أَخْطَأْتَ في هذه الْكَرَّةِ بِزِيَادَةِ سَبْعَةٍ وَالْخَطَأُ الْأَوَّلُ كان بِزِيَادَةِ ثَمَانِيَةٍ فَتَبَيَّنَ لَك أَنَّ كُلَّ سَهْمٍ زِيدَ على الثُّلُثِ يُذْهِبُ سَهْمًا من الْخَطَأِ فَزِدْ سَبْعَةً على الثُّلُثِ الْأَوَّلِ وهو سِتَّةٌ فَتَصِيرُ ثَلَاثَةَ عَشَرَ فَهُوَ الثُّلُثُ فَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ عَشَرَةً يَبْقَى إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ ثَلَاثَةٌ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ سَهْمًا فَصَارَ أَرْبَعَةً فَضُمَّهَا إلَى ثلثي ( ( ( ثلث ) ) )

الْمَالِ وهو سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ فَتَصِيرُ ثَلَاثِينَ عَلَى نَحْوِ ما ذَكَرْنَا
وَطَرِيقَةُ الْجَامِعِ الْأَصْغَرِ على ما بَيَّنَّا وهو أَنْ لَا تَزِيدَ على النَّصِيبِ عِنْدَ ظُهُورِ الْخَطَأَيْنِ وَلَكِنْ خُذْ الثُّلُثَ الْأَوَّلَ وَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الثَّانِي وَذَلِكَ سَبْعَةٌ فَتَصِيرُ خَمْسَةً وثلاثين ( ( ( وثلاثون ) ) ) ثُمَّ خُذْ الثُّلُثَ الثَّانِي وَذَلِكَ سِتَّةٌ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ يَصِيرُ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ ثُمَّ اطْرَحْ الْأَقَلَّ من الْأَكْثَرِ يَبْقَى ثَلَاثَةَ عَشَرَ فَهُوَ ثُلُثُ الْمَالِ
وَأَمَّا مَعْرِفَةُ النَّصِيبِ فَخُذْ النَّصِيبَ الْأَوَّلَ بَعْدَ الِاسْتِثْنَاءِ وَذَلِكَ سَهْمٌ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الثَّانِي وَذَلِكَ سَبْعَةٌ فَتَصِيرُ سَبْعَةً ثُمَّ خُذْ النَّصِيبَ الثَّانِي وَذَلِكَ سَهْمَانِ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ فَتَصِيرُ سِتَّةَ عَشَرَ ثُمَّ اطْرَحْ الْأَقَلَّ من الْأَكْثَرِ يَبْقَى تِسْعَةٌ فَهُوَ النَّصِيبُ ثُمَّ الْبَاقِي على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا
وَأَمَّا طَرِيقَةُ الْجَامِعِ الْأَكْبَرِ فَهُوَ أَنْ تُضَعِّفَ الثُّلُثَ الْأَوَّلَ سِوَى النَّصِيبِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ فَضَعِّفْهَا فَتَصِيرُ

---



---

ثَمَانِيَةً ثُمَّ زِدْ عليه النَّصِيبَ وَذَلِكَ سَهْمٌ فَتَصِيرُ تِسْعَةً فَهُوَ الثُّلُثُ الثَّانِي فَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ ثَلَاثَةً يَبْقَى سِتَّةٌ فَثُلُثُ ما بَقِيَ سَهْمَانِ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ من النَّصِيبِ ثُلُثَ ما يَبْقَى وَذَلِكَ سَهْمَانِ وَضُمَّهُمَا إلَى ما مَعَكَ وَذَلِكَ سِتَّةٌ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةً فَهِيَ فَاضِلَةٌ عن الْوَصِيَّةِ وَضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ فَتَصِيرُ سِتَّةً وَعِشْرِينَ وَحَاجَتُك إلَى تِسْعَةٍ لِأَنَّك أَعْطَيْت بِالنَّصِيبِ ثَلَاثَةً فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ ابْنٍ ثَلَاثَةٌ فَظَهَرَ أَنَّك أَخْطَأْت بِزِيَادَةِ سَبْعَةَ عَشَرَ في طَرِيقَةِ الْجَامِعِ الْأَكْبَرِ وَالْخَطَأُ الْأَوَّلُ في طَرِيقَةِ الْخَطَّائِينَ كان بِزِيَادَةِ ثَمَانِيَةٍ فَخُذْ الثُّلُثَ الْأَوَّلَ في طَرِيقَةِ الْخَطَّائِينَ وَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الثَّانِي وَذَلِكَ سَبْعَةَ عَشَرَ فَتَصِيرُ خَمْسَةً وَثَمَانِينَ ثُمَّ خُذْ الثُّلُثَ الثَّانِي وَذَلِكَ تِسْعَةٌ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ فَتَصِيرُ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ثُمَّ اطْرَحْ الْأَقَلَّ من الْأَكْثَرِ يَبْقَى ثَلَاثَةَ عَشَرَ فَهُوَ ثُلُثُ الْمَالِ
وَأَمَّا مَعْرِفَةُ النَّصِيبِ فَخُذْ النَّصِيبَ الْأَوَّلَ من طَرِيقِ الْخَطَّائِينَ وَذَلِكَ سَهْمٌ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الثَّانِي في الْجَامِعِ الْأَكْبَرِ وَذَلِكَ سَبْعَةَ عَشَرَ بِسَبْعَةَ عَشَرَ وَخُذْ النَّصِيبَ الثَّانِي وَذَلِكَ سَهْمٌ من طَرِيقَةِ الْجَامِعِ الْأَكْبَرِ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ بِثَمَانِيَةٍ وَاطْرَحْ الْأَقَلَّ من الْأَكْثَرِ فَيَبْقَى تِسْعَةٌ فَهُوَ النَّصِيبُ يَبْقَى ثَلَاثُونَ بين الْبَنِينَ لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم عَشَرَةٌ
هذا إذَا قال إلَّا ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَأَمَّا إذَا قال إلَّا ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ فَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ ما ذَكَرْنَا في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ إلَّا أَنَّ في تَخْرِيجِهِ ضَرْبُ تَفَاوُتٍ
أَمَّا على طَرِيقَةِ الْحَشْوِ فَهُوَ أَنْ تَأْخُذَ عَدَدَ الْبَنِينَ وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ وَتَزِيدَ عليه وَاحِدًا ثُمَّ تَضْرِبُهَا في مَخْرَجِ النِّصْفِ وهو سَهْمَانِ وَإِنَّمَا ضَرَبْنَا هذا في سَهْمَيْنِ وَالْأَوَّلَ في ثَلَاثَةٍ لِأَنَّ مَقْصُودَ الموصي هَهُنَا أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَثْنَى بَعْدَ الْوَصِيَّةِ الْحَاصِلَةِ ثُلُثَ ما بَقِيَ وَلَنْ يَكُونَ ذلك إلَّا أَنْ يَكُونَ قبل الِاسْتِرْجَاعِ معه سَهْمَانِ حتى إذَا اسْتَرْجَعْت منه شيئا يَكُونُ الْمُسْتَرْجَعُ ثُلُثَ ما بَقِيَ وَمَقْصُودُهُ في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى إلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَثْنَى بَعْدَ النَّصِيبِ قبل الِاسْتِرْجَاعِ مِثْلَ ثَلَاثَةٍ وَلَنْ يَكُونَ ذلك إلَّا وَأَنْ يَكُونَ معه ثَلَاثَةٌ قبل الِاسْتِرْجَاعِ حتى إذَا اسْتَرْجَعْت شيئا

يَكُونُ الْمُسْتَرْجَعُ رُبْعَهُ فإذا ضَرَبْت أَرْبَعَةً في اثْنَيْنِ بَلَغَ ثَمَانِيَةً ثُمَّ تَزِيدُ وَاحِدًا فَتَصِيرُ تِسْعَةً فَهَذَا ثُلُثُ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ وهو ثَمَانِيَةَ عَشَرَ
فَأَمَّا مَعْرِفَةُ النَّصِيبِ فَخُذْ النَّصِيبَ وَذَلِكَ وَاحِدٌ وَاضْرِبْهُ في مَخْرَجِ الثُّلُثِ فَتَصِيرُ ثَلَاثَةً فَاضْرِبْ الثَّلَاثَةَ في مَخْرَجِ النِّصْفِ
وَذَلِكَ سَهْمَانِ فَتَصِيرُ سِتَّةً ثُمَّ زِدْ عليه سَهْمًا فَتَصِيرُ سَبْعَةً فَهُوَ النَّصِيبُ فَأَعْطِ صَاحِبَ النَّصِيبِ سَبْعَةً يَبْقَى إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ سَهْمَانِ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ منه سَهْمًا فَضُمَّهُ إلَى ذلك فَتَصِيرُ ثَلَاثَةً فَضُمَّهَا إلَى ثلثي ( ( ( ثلث ) ) ) الْمَالِ فَيَصِيرُ أحد ( ( ( واحدا ) ) ) وعشرون ( ( ( وعشرين ) ) ) لِكُلِّ ابْنٍ سَبْعَةٌ
وَأَمَّا طَرِيقَة الْخَطَّائِينَ فَهِيَ أَنْ تَجْعَلَ ثُلُثَ الْمَالِ عَدَدًا لو أَعْطَيْت منه نَصِيبًا وَاسْتَرْجَعْت منه شيئا يَكُونُ الْمُسْتَرْجَعُ مِثْلَ نِصْفٍ وَأَقَلُّ ذلك أَرْبَعَةٌ ادْفَعْ لِلْمُوصَى له بِالنَّصِيبِ سَهْمَيْنِ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ منه سَهْمًا ضُمَّهُ إلَى ما بَقِيَ وَهِيَ اثْنَانِ وما بَقِيَ وهو سَهْمُ الْمَالِ فَتَصِيرُ ثَلَاثَةً فَضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ فَتَصِيرُ أَحَدَ عَشَرَ وَحَاجَتُك إلَى سِتَّةٍ لأنه ( ( ( لأنك ) ) ) أَعْطَيْت بِالنَّصِيبِ سَهْمَيْنِ فَظَهَرَ أَنَّك أَخْطَأْت بِزِيَادَةِ خَمْسَةٍ فَزِدْ في النَّصِيبِ سَهْمًا وَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ ثَلَاثَةً ثُمَّ اسْتَرْجِعْ منه سَهْمًا وَضُمَّهُ إلَى ما بَقِيَ فَتَصِيرُ ثَلَاثَةً فَضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ عَشَرَةٌ فَتَصِيرُ ثَلَاثَةَ عَشَرَ وَحَاجَتُك إلَى تِسْعَةٍ لِأَنَّك أَعْطَيْت بِالنَّصِيبِ ثَلَاثَةً فَظَهَرَ أَنَّك قد أَخْطَأْت بِزِيَادَةِ أَرْبَعَةٍ فَظَهَرَ أَنَّك كُلَّمَا زِدْت دِرْهَمًا يَزُولُ خَطَأُ دِرْهَمٍ فَزِدْ في الِابْتِدَاءِ على النَّصِيبِ قَدْرَ خَطَأِ الْأَوَّلِ وهو خَمْسَةٌ فَبَلَغَ سَبْعَةً وَبَقِيَ إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ سَهْمَانِ فَاسْتَرْجِعْ منه سَهْمًا وَضُمَّهُ مع الْبَاقِي إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وهو ثَمَانِيَةَ عَشَرَ فَصَارَ أَحَدًا وَعِشْرِينَ فَأَعْطِ لِكُلِّ ابْنٍ سَبْعَةً وَلِلْمُوصَى له سِتَّةً
هذا إذَا قَيَّدَ قَوْلَهُ إلَّا ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بِالنَّصِيبِ أو بِالْوَصِيَّةِ فَأَمَّا إذَا أَطْلَقَ بِأَنْ قال إلَّا ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ ولم يَزِدْ عليه
قال مُحَمَّدٌ قال عَامَّةُ الْحُسَّابِ يَعْنِي الْمَعْرُوفِينَ بِعِلْمِ الْحِسَابِ من أَصْحَابِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه مِثْلَ الْحَسَنِ بن زِيَادٍ وَغَيْرِهِ
هذا بِمَنْزِلَةِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ وهو ما إذَا قال إلَّا ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ هو بِمَنْزِلَةِ الْفَصْلِ الثَّانِي وهو ما إذَا قال إلَّا ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ
وَجْهُ قَوْلِ الْعَامَّةِ أَنَّهُ لَمَّا قال أَوْصَيْت لَك بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيَّ فَقَدْ أتى بِوَصِيَّةٍ صَحِيحَةٍ وَاسْتَحَقَّ رُبْعَ الْمَالِ لِأَنَّهُ جَعَلَ نَصِيبَهُ مِثْلَ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيهِ كَأَنَّهُ أَحَدُ بَنِيهِ فلما قال إلَّا ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ فَقَدْ اسْتَخْرَجَ بِالِاسْتِثْنَاءِ بَعْضَ الْوَصِيَّةِ مُطْلَقًا وَذَلِكَ

---



---

يُحْتَمَلُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ وَيُحْتَمَلُ بَعْدَ النَّصِيبِ إلَّا أَنَّ الْمُسْتَخْرَجَ بِالِاسْتِثْنَاءِ بَعْدَ النَّصِيبِ أَقَلُّ وَالْمُسْتَخْرَجُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ أَكْثَرُ وَالْأَقَلُّ مُتَيَقَّنٌ بِهِ في اسْتِخْرَاجِهِ وفي اسْتِخْرَاجِ الزِّيَادَةِ شَكٌّ فَلَا يَثْبُتُ اسْتِخْرَاجُ الزِّيَادَةِ بِالشَّكِّ بَلْ تَبْقَى الزِّيَادَةُ دَاخِلَةً تَحْتَ الْمُسْتَثْنَى منه
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ ليس بِاسْتِخْرَاجِ بَعْضِ الْكَلَامِ لِمَا فيه من

التَّنَاقُضِ على ما عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ بَلْ هو تَكَلُّمٌ بِالْبَاقِي بَعْدَ الثُّنْيَا فلم يَدْخُلْ الْمُسْتَثْنَى في صَدْرِ الْكَلَامِ لِأَنَّهُ دخل ثُمَّ خَرَجَ بِكَلَامِ الِاسْتِثْنَاءِ فَلَفْظُ الْوَصِيَّةِ هَهُنَا مع الِاسْتِثْنَاءِ لم يَتَنَاوَلْ إلَّا الْمُسْتَثْنَى منه وَالْمُسْتَثْنَى يَحْتَمِلُ الْأَقَلَّ وَالْأَكْثَرَ فَلَا يَتَنَاوَلُ اللَّفْظُ إلَّا الْقَدْرَ الْمُتَيَقَّنَ بِهِ وهو الْأَقَلُّ

وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إلَّا رُبْعَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَالْمَسْأَلَةُ تُخَرَّجُ من أَحَدٍ وَخَمْسِينَ النَّصِيبُ اثنا ( ( ( إثناء ) ) ) عَشَرَ وَالِاسْتِثْنَاءُ خَمْسَةٌ وَلِكُلِّ ابْنٍ ثَلَاثَةَ عَشَرَ

أَمَّا تَخْرِيجُهَا على طَرِيقَةِ الْحَشْوِ فَهُوَ أَنْ تَأْخُذَ عَدَدَ الْبَنِينَ وهو ثَلَاثَةٌ وَتَزِيدَ عليه وَاحِدًا فَيَصِيرُ أَرْبَعَةً فَاضْرِبْ أَرْبَعَةً في مَخْرَجِ السَّهْمِ الْمُسْتَثْنَى وهو أَرْبَعَةٌ فَتَصِيرُ سِتَّةَ عَشَرَ ثُمَّ زِدْ سَهْمًا فَتَصِيرُ سَبْعَةَ عَشَرَ هذا ثُلُثُ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ أَرْبَعَةٌ وَثَلَاثُونَ فَجُمْلَتُهُ أحد وَخَمْسُونَ هذا لِمَعْرِفَةِ أَصْلِ الْمَالِ وَأَمَّا مَعْرِفَةُ النَّصِيبِ فَهِيَ أَنْ تَأْخُذَ النَّصِيبَ وَذَلِكَ سَهْمٌ وَتَضْرِبُهُ في مَخْرَجِ الثُّلُثِ فَتَصِيرُ ثَلَاثَةً ثُمَّ تَضْرِبُ الثَّلَاثَةَ في مَخْرَجِ السَّهْمِ الْمُسْتَثْنَى وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ فَتَصِيرُ اثنى عَشَرَ ثُمَّ تَزِيدُ عليه سَهْمًا فَتَصِيرُ ثَلَاثَةَ عَشَرَ

هذا هو النَّصِيبُ بَقِيَ إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ أَرْبَعَةٌ فاعط بِالنَّصِيبِ ثَلَاثَةَ عَشَرَ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ مِثْلَ رُبْعِ ما بَقِيَ وهو سَهْمٌ وَضُمَّهُ إلَى ما بَقِيَ فَصَارَ خَمْسَةً فَضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ وَثَلَاثُونَ فَيَبْلُغُ تِسْعَةً وَثَلَاثِينَ فاعط لِكُلِّ ابْنٍ ثَلَاثَةَ عَشَرَ كما أَعْطَيْت بِالنَّصِيبِ قبل الِاسْتِرْجَاعِ

وَأَمَّا التَّخْرِيجُ على طَرِيقَةِ الْخَطَّائِينَ فَهُوَ أَنْ تَجْعَلَ ثُلُثَ الْمَالِ سِتَّةٍ لِيَبْقَى بَعْدَ اعطاء النَّصِيبِ وَالِاسْتِرْجَاعِ منه مِثْلُ رُبْعِ ما يَبْقَى فَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ سَهْمَيْنِ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ منه مِثْلَ رُبْعِ ما يَبْقَى وَذَلِكَ سَهْمٌ وَضُمَّهُ إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ اثْنَا عَشَرَ فَتَصِيرُ سَبْعَةَ عَشَرَ وَحَاجَتُك إلَى سِتَّةٍ لِأَنَّك أَعْطَيْت بِالنَّصِيبِ سَهْمَيْنِ فَظَهَرَ أَنَّك أَخْطَأْت بِزِيَادَةِ أَحَدَ عَشَرَ فَزِدْ في النَّصِيبِ سَهْمًا تَصِيرُ ثَلَاثَةً فَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ ثَلَاثَةً ثُمَّ اسْتَرْجِعْ منه سَهْمًا وَضُمَّهُ مع الْبَاقِي إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةَ عَشَرَ فَتَصِيرُ تِسْعَةَ عَشَرَ وَحَاجَتُك إلَى تِسْعَةٍ لِأَنَّك أَعْطَيْت بِالنَّصِيبِ ثَلَاثَةً فَظَهَرَ أَنَّك أَخْطَأْت بِزِيَادَةِ عَشَرَةٍ وَظَهَرَ أَنَّ كُلَّ سَهْمٍ زَائِدٍ يُزِيلُ خَطَأَ سَهْمٍ فَزِدْ على النَّصِيبِ قَدْرَ الْخَطَأِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ أَحَدَ عَشَرَ لِيَزُولَ الْخَطَأُ فَصَارَ ثَلَاثَةَ عَشَرَ فَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ ثَلَاثَةَ عَشَرَ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ منه سَهْمًا وَضُمَّهُ إلَى ما بَقِيَ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ فَضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ وَثَلَاثُونَ فَتَصِيرُ تِسْعَةً وَثَلَاثِينَ كما ذَكَرْنَا

وَلَوْ كان له خُمْسَ بَنِينَ فَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إلَّا ثُلُثَ وَرُبْعَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَتَخْرِيجُ الْمَسْأَلَةِ على طَرِيقَةِ الْحَشْوِ أَنْ تَأْخُذَ عَدَدَ الْبَنِينَ خَمْسَةً وَتَزِيدَ عليها وَاحِدًا فَتَصِيرُ سِتَّةً ثُمَّ تَضْرِبُ سِتَّةً في مُخْرَجِ الْجُزْءِ الْمُسْتَثْنَى وهو مِثْلُ الثُّلُثِ وَالرُّبْعِ وَذَلِكَ اثْنَا عَشَرَ فَتَصِيرُ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ثُمَّ تَزِيدُ ثُلُثَ مُخْرَجِ الْمُسْتَثْنَى وَرُبْعَهُ وَذَلِكَ اثْنَا عَشَرَ وَثُلُثُهُ وَرُبْعُهُ سَبْعَةٌ فَتَصِيرُ تِسْعَةً وَسَبْعِينَ فَهَذَا ثُلُثُ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ وَذَلِكَ مِائَةٌ وَثَمَانِيَةٍ وَخَمْسُونَ وَأَمَّا مَعْرِفَةُ النَّصِيبِ فَهُوَ أَنْ تَأْخُذَ النَّصِيبَ وَذَلِكَ سَهْمٌ وَتَضْرِبَهُ في مُخْرَجِ الثُّلُثِ وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ فَتَصِيرُ ثَلَاثَةً ثُمَّ تَضْرِبُ الثَّلَاثَةَ في مُخْرَجِ السَّهْمِ الْمُسْتَثْنَى وَذَلِكَ اثْنَا عَشَرَ فَتَصِيرُ سِتَّةً وثلاثين ( ( ( وثلاثة ) ) ) ثُمَّ تَزِيدُ عليه مِثْلَ ثُلُثِهِ وَرُبْعِهِ وهو سَبْعَةٌ فَتَصِيرُ ثَلَاثَةً وَأَرْبَعِينَ فَهُوَ النَّصِيبُ بَقِيَ إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ سِتَّةٌ وَثَلَاثُونَ وَأَعْطِ بِالنَّصِيبِ ثَلَاثَةً وَأَرْبَعِينَ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ مِثْلَ ثُلُثِ ما بَقِيَ وَرُبْعِهِ بَعْدَ النَّصِيبِ وَذَلِكَ أحد وَعِشْرُونَ وَضُمَّهَا إلَى ما بَقِيَ وهو سِتَّةٌ وَثَلَاثُونَ فَتَصِيرُ سَبْعَةً وَخَمْسِينَ ثُمَّ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ مِائَةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَخَمْسُونَ فَتَبْلُغُ مِائَتَيْنِ وَخَمْسَةَ عَشَرَ فَأَعْطِ لِكُلِّ ابْنٍ ثَلَاثَةً وَأَرْبَعِينَ مِثْلَ ما أَعْطَيْت بِالنَّصِيبِ

قبل الِاسْتِرْجَاعِ وَلِلْمُوصَى له اثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ
وَلَوْ قال إلَّا ثُلُثَ وَرُبْعَ ما بَقِيَ من الثُّلُثِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ الْحَاصِلَةِ فَتَخْرِيجُهَا على طَرِيقَةِ الْحَشْوِ أَنْ تَأْخُذَ عَدَدَ الْبَنِينَ خَمْسَةً ثُمَّ زِدْ عليه وَاحِدًا فَتَصِيرُ سِتَّةً ثُمَّ تَضْرِبُهُ في خَمْسَةٍ لِمَا بَيَّنَّا فَتَصِيرُ ثَلَاثِينَ ثُمَّ زِدْ عليه مُخْرَجَ الثُّلُثِ وَالرُّبْعِ وَذَلِكَ سَبْعَةٌ فَتَصِيرُ سَبْعَةً وَثَلَاثِينَ فَهُوَ الثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ أَرْبَعَةٌ وَسَبْعُونَ
وَأَمَّا مَعْرِفَةُ النَّصِيبِ فَخُذْ النَّصِيبَ وَذَلِكَ وَاحِدٌ وَاضْرِبْهُ في ثَلَاثَةٍ ثُمَّ ثَلَاثَةً في خَمْسَةٍ فَصَارَتْ خَمْسَةَ عَشَرَ

---



---

ثُمَّ زِدْ عليه مِثْلَ مُخْرَجِ الثُّلُثِ وَالرُّبْعِ وهو سَبْعَةٌ فَتَصِيرُ اثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ وَبَقِيَ إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ خَمْسَةَ عَشَرَ فَأَعْطِ صَاحِبَ النَّصِيبِ اثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ ثُمَّ اسْتَرْجِعْ منه مِثْلَ ثُلُثِ ما بَقِيَ وَرُبْعِهِ بَعْدَ النَّصِيبِ وَذَلِكَ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ وَضُمَّهَا إلَى ما بَقِيَ من الثُّلُثِ وهو خَمْسَةَ عَشَرَ فَتَصِيرُ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ وَسَبْعُونَ تَبْلُغُ مِائَةً وَعَشَرَةً لِكُلِّ ابْنٍ اثْنَانِ وَعِشْرُونَ مِثْلُ ما أَعْطَيْت صَاحِبَ الْوَصِيَّةِ قبل الِاسْتِرْجَاعِ وَلِلْمُوصَى له دِرْهَمٌ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ تَرَكَ خَمْسَةَ بَنِينَ وقد أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ وَثُلُثَيْ ما بَقِيَ من الثُّلُثِ فَالثُّلُثُ سَبْعَةَ عَشَرَ وَالنَّصِيبَيْنِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَالْبَاقِي بَعْدَ النَّصِيبَيْنِ من الثُّلُثِ ثَلَاثَةٌ تُعْطِي ثُلُثَيْ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ سَهْمَانِ من ذلك يَبْقَى سَهْمٌ يُرَدُّ إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ وَثَلَاثُونَ فَتَصِيرُ خَمْسَةً وَثَلَاثِينَ وَتَخْرِيجُهُ على طَرِيقَةِ الْحَشْوِ أَنْ تَأْخُذَ عَدَدَ الْبَنِينَ وَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَتَزِيدَ عليه بِالنَّصِيبَيْنِ سَهْمَيْنِ لِأَنَّ الْمُوصَى له بِالنَّصِيبَيْنِ بِمَنْزِلَةِ الِابْنَيْنِ فَكَانَ البنين ( ( ( البنون ) ) ) سَبْعَةً فَتَصِيرُ الْفَرِيضَةُ من سَبْعَةٍ ثُمَّ اضْرِبْهَا في ثَلَاثَةٍ لِأَجْلِ الثُّلُثِ فَتَصِيرُ أحد ( ( ( أحدا ) ) ) وَعِشْرِينَ ثُمَّ اطْرَحْ منه أَرْبَعَةً سَهْمَيْنِ بِالْوَصِيَّةِ بِالنَّصِيبَيْنِ وَسَهْمَيْنِ بِثُلُثَيْ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ لِتَخْرِيجِ الْمَسْأَلَةِ فَيَبْقَى سَبْعَةَ عَشَرَ وهو الثُّلُثُ
وإذا أَرَدْت مَعْرِفَةَ النَّصِيبِ فَالْوَجْهُ فيه أَنْ تَأْخُذَ النَّصِيبَيْنِ وَذَلِكَ سَهْمَانِ وَتَضْرِبَهُمَا في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرَ سِتَّةً لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَنْفُذُ من الثُّلُثِ ثُمَّ اضْرِبْهُ في ثَلَاثَةٍ لِأَجْلِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ فَيَصِيرُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ثُمَّ اطْرَحْ منه أَرْبَعَةً مِثْلَ ما طَرَحْتَ من الْأَوَّلِ يَبْقَى أَرْبَعَةَ عَشَرَ فَهُوَ النَّصِيبَانِ يَبْقَى إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ ثَلَاثَةٌ فَأَعْطِ بِثُلُثَيْ ما بقى ( ( ( يبقى ) ) ) من الثُّلُثِ سَهْمَيْنِ يَبْقَى سَهْمٌ فَاضِلٌ عن الْوَصَايَا يُرَدُّ إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ وَثَلَاثُونَ فَتَصِيرُ خَمْسَةً وَثَلَاثِينَ بين الْبَنِينَ الْخَمْسَةِ لِكُلِّ ابْنٍ سَبْعَةٌ وهو نِصْفُ النَّصِيبَيْنِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا التَّخْرِيجُ على طَرِيقَةِ الْخَطَّائِينَ فَهُوَ أَنْ تَجْعَلَ ثُلُثَ الْمَالِ سهما ( ( ( سهاما ) ) ) لو أَعْطَيْت بِالنَّصِيبَيْنِ سَهْمَيْنِ يَبْقَى بَعْدَهُ ما يُخَرَّجُ منه ثُلُثَانِ وَذَلِكَ خَمْسَةٌ فَأَعْطِ بِالنَّصِيبَيْنِ سَهْمَيْنِ يَبْقَى ثَلَاثَةٌ فَأَعْطِ بِثُلُثَيْ ما يَبْقَى سَهْمَيْنِ يَبْقَى سَهْمٌ يُرَدُّ إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ عَشَرَةٌ فَتَصِيرُ أَحَدَ عَشَرَ وَحَاجَتُنَا إلَى خَمْسَةٍ حتى يَكُونَ لِكُلِّ ابْنٍ سَهْمٌ فَظَهَرَ أنه ( ( ( أنك ) ) ) أَخْطَأْت بِزِيَادَةِ سِتَّةٍ فَزِدْ في ثُلُثَيْ الْمَالِ سَهْمَيْنِ فَتَصِيرُ سَبْعَةً فَأَعْطِ بِالنَّصِيبَيْنِ أَرْبَعَةً يَبْقَى ثَلَاثَةٌ فَأَعْطِ بِثُلُثَيْ ما يَبْقَى سَهْمَيْنِ يَبْقَى سَهْمٌ فَزِدْهُ إلَى

ثُلُثِ الْمَالِ وَذَلِكَ أربع ( ( ( أربعة ) ) ) عَشَرَ فَيَصِيرُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَحَاجَتُك إلَى عَشَرَةٍ لِأَنَّك أَعْطَيْت بِالنَّصِيبَيْنِ أَرْبَعَةً فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ ابْنٍ سَهْمَانِ وَهُمْ خَمْسَةٌ فَيَكُونُ لهم عَشَرَةٌ فَظَهَرَ انك أَخْطَأْت في هذه الْكَرَّةِ بِزِيَادَةِ خَمْسَةٍ وَالْخَطَأُ الْأَوَّلُ كان سِتَّةً فَمَتَى زِدْت سَهْمَيْنِ ذَهَبَ بِهِ من الْخَطَأِ سَهْمٌ فَعُلِمَ أَنَّ كُلَّ سَهْمٍ يُزَادُ على الثُّلُثِ يَذْهَبُ بِهِ سَهْمٌ من الْخَطَأِ فَيُزَادُ اثْنَا عَشَرَ على الثُّلُثِ الْأَوَّلِ وهو خَمْسَةٌ حتى يَزُولَ الْخَطَأُ كُلُّهُ فَتَصِيرُ سَبْعَةَ عَشَرَ فَهُوَ الثُّلُثُ ثُمَّ الْبَاقِي إلَى آخِرِهِ

وَأَمَّا على طَرِيقَةِ الْجَامِعِ الْأَصْغَرِ فَهُوَ أَنْ تَأْخُذَ الثُّلُثَ الْأَوَّلَ وهو خَمْسَةٌ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الثَّانِي وهو خَمْسَةٌ فَتَصِيرُ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ وَتَأْخُذُ الثُّلُثَ الثَّانِي وَذَلِكَ سَبْعَةٌ وَتَضْرِبُهُ في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ سِتَّةٌ فَتَصِيرُ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ثُمَّ اطْرَحْ الْأَقَلَّ من الْأَكْثَرِ يَبْقَى سَبْعَةَ عَشَرَ فَهُوَ الثُّلُثُ

وَالْوَجْهُ في مَعْرِفَةِ النَّصِيبِ أَنْ تَأْخُذَ النَّصِيبَ الْأَوَّلَ وَذَلِكَ سَهْمَانِ وَتَضْرِبُهُ في الْخَطَأِ الثَّانِي وَذَلِكَ خَمْسَةٌ فَتَصِيرُ عَشَرَةً ثُمَّ تَضْرِبُ النَّصِيبَ الثَّانِي وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ سِتَّةٌ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ثُمَّ اطْرَحْ الْأَقَلَّ من الْأَكْثَرِ فَيَبْقَى أَرْبَعَةَ عَشَرَ فَهُوَ النَّصِيبَانِ

وَأَمَّا على طَرِيقَةِ الْجَامِعِ الْأَكْبَرِ فَهُوَ أَنْ تُضَعِّفَ الثُّلُثَ الْأَوَّلَ إلَّا النَّصِيبَيْنِ وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ فَتَصِيرُ سِتَّةً ثُمَّ زِدْ عليه النَّصِيبَيْنِ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةً وَهَذَا هو الثُّلُثُ فَأَعْطِ بِالنَّصِيبَيْنِ سَهْمَيْنِ فَيَبْقَى سِتَّةٌ وَأَعْطِ ثُلُثَيْ ما يَبْقَى أَرْبَعَةً يَبْقَى سَهْمَانِ يُرَدُّ إلَى ثُلُثَيْ الْمَال وَذَلِكَ سِتَّةَ عَشَرَ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ

وَحَاجَتُك إلَى خَمْسَةٍ لِأَنَّك أَعْطَيْت بِالنَّصِيبَيْنِ سَهْمَيْنِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ ابْنٍ سَهْمٌ فَالْخَطَأُ الثَّانِي في الْجَامِعِ الْأَكْبَرِ زِيَادَةُ ثَلَاثَةٍ وَالْخَطَأُ الْأَوَّلُ في الْخَطَأَيْنِ كان زِيَادَةَ سِتَّةٍ فَخُذْ الثُّلُثَ الْأَوَّلَ في الْخَطَأَيْنِ وَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَاضْرِبْهُ في الْخَطَأِ الثَّانِي وَذَلِكَ ثَلَاثَةَ عَشَرَ فَتَصِيرَ خَمْسَةً وَسِتِّينَ وَخُذْ الثُّلُثَ الثَّانِي في الْجَامِعِ الْأَكْبَرِ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ وأضربه في الْخَطَأِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ سِتَّةٌ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ ثُمَّ اطْرَحْ الْأَقَلَّ من الْأَكْثَرِ يَبْقَى سَبْعَةَ عَشَرَ فَهُوَ الثُّلُثُ

وَالْوَجْهُ في مَعْرِفَةِ النَّصِيبِ أَنْ تَأْخُذَ ما جُمِعَ من الْخَطَأَيْنِ أَحَدُهُمَا سِتَّةٌ وَالْآخِرُ ثَلَاثَةَ عَشَرَ فَاطْرَحْ الْأَقَلَّ من الْأَكْثَرِ فإذا طَرَحْتْ سِتَّةً

---



---

من ثَلَاثَةَ عَشَرَ يَبْقَى سَبْعَةٌ فَهُوَ النَّصِيبُ

وَلَوْ أَوْصَى بِثُلُثِ ما يَبْقَى وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَالْفَرِيضَةُ من سَبْعَةٍ وَخَمْسِينَ وَالثُّلُثُ تِسْعَةَ عَشَرَ وَالنَّصِيبَانِ سِتَّةَ عَشَرَ وَثُلُثُ ما يَبْقَى وَاحِدٌ

وَتَخْرِيجُهَا على طَرِيقَةِ الْحَشْوِ أَنْ تَأْخُذَ عَدَدَ الْبَنِينَ خَمْسَةً ثُمَّ زِدْ عليها النَّصِيبَيْنِ وَذَلِكَ سَهْمَانِ فَتَصِيرُ سَبْعَةً ثُمَّ اضْرِبْهَا في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ أحد ( ( ( أحدا ) ) ) وَعِشْرِينَ ثُمَّ اطْرَحْ منها النَّصِيبَيْنِ وَذَلِكَ سَهْمَانِ يَبْقَى تِسْعَةَ عَشَرَ فَهُوَ الثُّلُثُ فَقَدْ طَرَحَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في هذه الْمَسْأَلَةِ سَهْمَيْنِ وفي الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ طَرَحَ أَرْبَعَةَ أَسْهُمٍ سَهْمَيْنِ بِالنَّصِيبَيْنِ وَسَهْمَيْنِ بِثُلُثَيْ ما يَبْقَى فَعَلَى قِيَاسِ ما ذُكِرَ هُنَاكَ يَجِبُ أَنْ يَطْرَحَ هَهُنَا أَيْضًا أَرْبَعَةً

وَالْوَجْهُ في مَعْرِفَةِ النَّصِيبِ أَنْ تَأْخُذَ النَّصِيبَيْنِ وَذَلِكَ سَهْمَانِ وَتَضْرِبُهُمَا في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ سِتَّةً ثُمَّ تَضْرِبُ سِتَّةً في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ ثَمَانِيَةَ عسر ( ( ( عشر ) ) )

ثُمَّ اطْرَحْ منه سَهْمَيْنِ يَبْقَى سِتَّةَ عَشَرَ فَهُوَ النَّصِيبُ وَبَقِيَ إلَى تَمَامِ ثُلُثِ الْمَالِ ثَلَاثَةٌ فَأَعْطِ بِثُلُثِ ما يَبْقَى ثُلُثَهُ وَذَلِكَ سَهْمٌ يَبْقَى سَهْمَانِ يُرَدُّ إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةٌ وَثَلَاثُونَ فَتَصِيرُ أَرْبَعِينَ تُقَسَّمُ بين الْبَنِينَ لِكُلِّ ابْنٍ ثَمَانِيَةٌ
وَأَمَّا التَّخْرِيجُ على طَرِيقَةِ الْخَطَّائِينَ فَهُوَ أَنْ تَجْعَلَ ثُلُثَ الْمَالِ خَمْسَةً فَأَعْطِ بِالنَّصِيبَيْنِ سَهْمَيْنِ يَبْقَى ثَلَاثَةٌ فَأَعْطِ بِثُلُثِ ما يَبْقَى سَهْمًا يَبْقَى سَهْمٌ تُرَدُّ إلَى ثلث ( ( ( ثلثي ) ) ) الْمَالِ وَذَلِكَ عَشَرَةٌ فَتَصِيرُ اثْنَيْ عَشَرَ وَحَاجَتُك إلَى خَمْسَةٍ فَتَبَيَّنَ أَنَّكَ أَخْطَأْتَ بِزِيَادَةِ سَبْعَةٍ فَزِدْ على الثُّلُثِ سَهْمَيْنِ فَتَصِيرُ سَبْعَةً فَأَعْطِ بِالنَّصِيبَيْنِ أَرْبَعَةً يَبْقَى ثَلَاثَةٌ فَأَعْطِ بِثُلُثِ ما يَبْقَى سَهْمًا يَبْقَى سَهْمَانِ تُضَمُّ إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ أَرْبَعَةَ عَشَرَ فَتَصِيرُ سِتَّةَ عَشَرَ وَحَاجَتُك إلَى عَشَرَةٍ فَظَهَرَ أَنَّك أَخْطَأْت في هذه الْكَرَّةِ بِزِيَادَةِ سِتَّةٍ وَالْخَطَأُ الْأَوَّلُ كان زِيَادَةَ سَبْعَةٍ فَعَلِمْت أَنَّ كُلَّ سَهْمَيْنِ تُزَادُ في الثُّلُثِ تُذْهِبُ من الْخَطَأِ سَهْمًا فَزِدْ في الثُّلُثِ الْأَوَّلِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ سَهْمًا حتى يَزُولَ الْخَطَأُ كُلُّهُ فإذا زِدْت على خَمْسَةٍ أَرْبَعَةَ عَشَرَ تَصِيرُ تِسْعَةَ عَشَرَ فَهُوَ الثُّلُثُ ثُمَّ يَأْتِي الْكَلَامُ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا
وَالتَّخْرِيجُ على طَرِيقَةِ الْجَامِعِ الْأَصْغَرِ وَالْأَكْبَرِ على نَحْوِ ما بَيَّنَّا فإذا مَاتَ رَجُلٌ وَتَرَك أُمًّا وَابْنَتَيْنِ وَامْرَأَتَيْنِ وَعُصْبَةً وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ إحْدَى ابْنَتَيْهِ وَبِثُلُثِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ فَالْفَرِيضَةُ من سِتَّةٍ وَسِتِّينَ وَالنَّصِيبُ سِتَّةَ عَشَرَ وَثُلُثُ الْبَاقِي اثْنَانِ وَلِلْبِنْتَيْنِ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ وَلِلْأُمِّ ثَمَانِيَةٌ وَلِلْمَرْأَةِ سِتَّةٌ وَلِلْعَصَبَةِ سَهْمَانِ
هَكَذَا أخرجها ( ( ( خرجها ) ) ) مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْأَصْلِ وَمَشَايِخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ خَرَّجُوهَا من نِصْفِ ما خَرَّجَهَا في الْكِتَابِ من غَيْرِ كَسْرٍ وهو ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَطَرِيقُ هذا التَّخْرِيجِ أَنَّ أَصْلَ هذه الْفَرِيضَةِ من أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ لِحَاجَتِك إلَى الثُّمْنِ وَالثُّلُثَيْنِ وَالسُّدُسِ فَلِلْمَرْأَةِ الثُّمُنُ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَلِلْبِنْتَيْنِ الثُّلُثَانِ سِتَّةَ عَشَرَ وَلِلْأُمِّ السُّدُسُ أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ وَلِلْعَصَبَةِ سَهْمٌ فَالْبِنْتَانِ يَسْتَحِقَّانِ السَّهْمَيْنِ وهو الثُّلُثَانِ وَالْبَاقُونَ يَسْتَحِقُّونَ سَهْمًا وَاحِدًا وهو الثُّلُثُ فَصَارَ في الْمَعْنَى كَأَنَّ عَدَدَ الْوَرَثَةِ ثَلَاثَةٌ لِأَنَّ سِهَامَهُمْ ثَلَاثَةٌ فَاجْعَلْ كَأَنَّ له ثَلَاثَةَ بَنِينَ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ وَبِثُلُثِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ
وَلَوْ كان هَكَذَا فَالْجَوَابُ سَهْلٌ وهو أَنْ تَأْخُذَ عَدَدَ الْبَنِينَ ثَلَاثَةً وَتَزِيدَ عليها سَهْمًا لِأَجْلِ الْوَصِيَّةِ الْأُولَى وَتَضْرِبَهَا في ثَلَاثَةٍ لِأَجْلِ الْوَصِيَّةِ الثَّانِيَةِ فَتَصِيرَ اثْنَيْ عَشَرَ ثُمَّ اطْرَحْ منها سَهْمًا لِأَجْلِ الْوَصِيَّةِ الثَّانِيَةِ فَيَصِيرُ ثُلُثُ الْمَالِ أَحَدَ عَشَرَ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ وَذَلِكَ اثْنَانِ وَعِشْرُونَ فَتَصِيرُ جُمْلَةُ الْمَالِ ثَلَاثَةً وَثَلَاثِينَ وَالنَّصِيبُ سَهْمٌ وَاحِدٌ مَضْرُوبٌ في ثَلَاثَةٍ ثُمَّ في ثَلَاثَةٍ فَيَصِيرُ تِسْعَةً ثُمَّ اطْرَحْ منها سَهْمًا فَيَبْقَى ثَمَانِيَةٌ فَأَعْطِ لِصَاحِبِ النَّصِيبِ ثَمَانِيَةً وَأَعْطِ ثُلُثَ ما يَبْقَى وَذَلِكَ سَهْمٌ وَاحِدٌ فَتَصِيرُ تِسْعَةً وَبَقِيَ إلَى تَمَامِ الثُّلُثِ سَهْمَانِ ضُمَّهَا إلَى الثُّلُثَيْنِ وهو اثْنَانِ وَعِشْرُونَ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ لِلْبِنْتَيْنِ الثُّلُثَانِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ ثَمَانِيَةٌ مِثْلُ ما أَعْطَيْت لِصَاحِبِ النَّصِيبِ وَلِلْأُمِّ أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ وَلِلْمَرْأَةِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَلِلْعَصَبَةِ سَهْمٌ فَخُرِّجَتْ الْمَسْأَلَةُ من نِصْفِ ما خُرِّجَ في الْكِتَابِ
وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ إحْدَى الْبِنْتَيْنِ إلَّا ثُلُثَ ما يبقى ( ( ( بقي ) ) ) من الثُّلُثِ بَعْدَ النَّصِيبِ فَالْفَرِيضَةُ من سِتِّمِائَةٍ وَأَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ وَالنَّصِيبُ مِائَةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثُ الْبَاقِي سِتَّةَ عَشَرَ وَطَرِيقُ التَّخْرِيجِ أَنْ تَجْعَلَ كَأَنَّ عَدَدَ الْوَرَثَةِ ثَلَاثَةٌ زِدْ عليها سَهْمًا لِأَجْلِ الْوَصِيَّةِ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً ثُمَّ اضْرِبْ أَرْبَعَةً في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ اثْنَيْ عَشَرَ ثُمَّ زِدْ عليها سَهْمًا تصير ( ( ( فتصير ) ) ) ثَلَاثَةَ عَشَرَ فَاجْعَلْ هذا ثُلُثَ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ فَتَصِيرُ تِسْعَةً وَثَلَاثِينَ وَالنَّصِيبُ سَهْمٌ في ثَلَاثَةٍ ثُمَّ في ثَلَاثَةٍ فَذَلِكَ تِسْعَةٌ ثُمَّ زِدْ عليها سَهْمًا فَتَصِيرُ عَشَرَةً ثُمَّ اسْتَثْنِ منها سَهْمًا مِثْلَ ثُلُثِ ما يَبْقَى وَضُمَّهُ إلَى ما بَقِيَ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً ثُمَّ ضُمَّ الْأَرْبَعَةَ إلَى

ثُلُثَيْ الْمَالِ فَتَصِيرُ ثَلَاثِينَ لِكُلِّ بِنْتٍ عَشَرَةٌ مِثْلُ ما أُعْطِيت قبل الِاسْتِثْنَاءِ وَلِلْأُمِّ السُّدُسُ خَمْسَةٌ بَقِيَ خَمْسَةٌ

---

(7/368)

---

بين الْمَرْأَةِ وَالْعَصَبَةِ أَرْبَاعًا لِأَنَّ حَقَّ الْمَرْأَةِ في ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ وَحَقَّ الْعَصَبَةِ في سَهْمٍ فَيَكُونُ حَقُّهَا ثَلَاثَةَ أَضْعَافِ حَقِّ الْعَصَبَةِ فَإِنْ رَضِيَتْ بِالْكَسْرِ فَاجْعَلْ الْخَمْسَةَ الْبَاقِيَةَ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا وَإِنْ لم تَرْضَ فَاضْرِبْ أَصْلَ الْحِسَابِ في أَرْبَعَةٍ فَتَكُونُ مِائَةً وَسِتَّةً وَخَمْسِينَ منها تُخَرَّجُ السِّهَامُ على الصِّحَّةِ وهو رُبْعُ ما خَرَّجَهُ مُحَمَّدٌ في الْكِتَابِ
وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ الْمَرْأَةِ وَبِثُلُثِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ فَالْفَرِيضَةُ من مِائَتَيْنِ وَأَرْبَعَةٍ وَثَلَاثِينَ وَالنَّصِيبُ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ وَثُلُثُ الْبَاقِي ثَمَانِيَةَ عَشَرَ
وَطَرِيقُهُ أَنْ تَجْعَلَ كَأَنَّ عَدَدَ الْوَرَثَةِ ثَمَانِيَةٌ لِأَنَّ السِّهَامَ ثَمَانِيَةٌ فَكَأَنَّهُ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ فَزِدْ عليه سَهْمًا فَتَصِيرُ تِسْعَةً ثُمَّ اضْرِبْهَا في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ ثُمَّ اطْرَحْ منها سَهْمًا فَيَبْقَى سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ فَهَذَا ثُلُثُ الْمَالِ وَجَمِيعُ الْمَالِ ثَمَانِيَةٌ وَسَبْعُونَ وَالنَّصِيبُ سَهْمٌ مَضْرُوبٌ في ثَلَاثَةٍ ثُمَّ في ثَلَاثَةٍ فَتَصِيرُ تِسْعَةً ثُمَّ اطْرَحْ منها سَهْمًا فَيَبْقَى ثَمَانِيَةٌ وَثُلُثُ ما يَبْقَى سِتَّةٌ فَيَبْقَى اثْنَا عَشَرَ ضُمَّهَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ وَذَلِكَ اثْنَانِ وَخَمْسُونَ فَتَصِيرُ أَرْبَعَةً وَسِتِّينَ لِلْمَرْأَةِ منها ثَمَانِيَةٌ وَتَبَيَّنَ أَنَّك أَعْطَيْت لِلْمُوصَى له بِمِثْلِ نَصِيبِهَا مِثْلَ نَصِيبِهَا ثَمَانِيَةً فَيَبْقَى سِتَّةٌ وَخَمْسُونَ لَا تَسْتَقِيمُ بين الْأُمِّ وَالْبِنْتَيْنِ وَالْعَصَبَةُ لِأَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ لِلْبِنْتَيْنِ ثُلُثَا أَرْبَعَةٍ وَسِتِّينَ وَلَيْسَ لها ثُلُثٌ صَحِيحٌ وَلِلْأُمِّ سُدُسُهَا وَلَيْسَ لها سُدُسٌ صَحِيحٌ أَيْضًا غير أَنَّ بين مُخْرَجِ السُّدُسِ وَحِسَابِنَا مُوَافَقَةٌ بِنِصْفٍ وَنِصْفٍ فَاضْرِبْ أَحَدَهُمَا في وَفْقِ الْآخَرِ وهو ثَمَانِيَةٌ وَسَبْعُونَ في ثلاث فَيَبْلُغُ الْحِسَابُ مِائَتَيْنِ وَأَرْبَعَةً وَثَلَاثِينَ كما قال في الْكِتَابِ
فَكُلُّ من كان له سَهْمٌ في الْحِسَابِ الْأَوَّلِ صَارَ له ثَلَاثَةٌ في الْحِسَابِ الثَّانِي كان حَقُّ الْمُوصَى له في ثَمَانِيَةٍ فَصَارَ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ وَحَقُّ الْبِنْتَيْنِ في اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ وَثُلُثَيْ دِرْهَمٍ فَصَارَ مِائَةً وَثَمَانِيَةً وَعِشْرِينَ وَحَقُّ الْأُمِّ في عَشَرَةٍ وَثُلُثَيْ دِرْهَمٍ مَضْرُوبًا في ثَلَاثَةٍ فَيَكُونُ اثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ وَحَقُّ الْعَصَبَةِ في دِرْهَمَيْنِ وَثُلُثَيْ دِرْهَمٍ مضروبا ( ( ( مضروب ) ) ) في ثَلَاثَةٍ فَيَكُونُ ثَمَانِيَةَ دَرَاهِمَ
وَلَوْ كان لِرَجُلٍ خمس ( ( ( خمسة ) ) ) بَنِينَ فَأَوْصَى لِأَحَدِهِمْ بِكَمَالِ الرُّبُعِ بِنَصِيبِهِ وَلِآخَرَ بِثُلُثِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ فَأَجَازُوا فَالْفَرِيضَةُ من اثْنَيْ عَشَرَ النَّصِيبُ إثنان وَتَكْمِلَةُ الرُّبْعِ سَهْمٌ وَاحِدٌ وَثُلُثُ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ وَاحِدٌ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ صَحِيحَةٌ عِنْدَ إجَازَةِ الْوَرَثَةِ وَتَفَاوُتُ ما بين نَصِيبِهِ وَالرُّبْعِ سَهْمٌ لِأَنَّهُ لو لم يَكُنْ هَهُنَا وَصِيَّةٌ لِأَجْنَبِيٍّ لَكَانَ له الرُّبْعُ وَالْبَاقِي بين الْبَنِينَ والأربعة ( ( ( الأربعة ) ) ) أَرْبَاعًا فَاحْتَجْنَا إلَى حِسَابٍ له رُبْعٌ وَلِبَاقِيهِ رُبْعٌ وَأَقَلُّهُ سِتَّةَ عَشَرَ فَيُعْطَى له رُبْعُ الْمَالِ أَرْبَعَةٌ وَالْبَاقِي بين الْبَنِينَ الْأَرْبَعَةِ أَرْبَاعًا لِكُلِّ ابْنٍ ثَلَاثَةٌ وَلَهُ أَرْبَعَةٌ فَتَبَيَّنَّ أَنَّهُ بِهَذِهِ الْوَصِيَّةِ لَا يَسْتَحِقُّ إلَّا سَهْمًا فإذا أَوْصَى لِغَيْرِهِ بِثُلُثِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ فَخُذْ حِسَابًا له ثُلُثٌ وَرُبْعٌ وَأَقَلُّهُ اثْنَا عَشَرَ فَثُلُثُهُ أَرْبَعَةٌ وَرُبْعُهُ ثَلَاثَةٌ فَأَعْطِ لِلْمُوصَى له بِكَمَالِ الرُّبْعِ سَهْمَانِ وَلِلْآخَرِ سَهْمًا لِأَنَّ ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بَعْدَ كَمَالِ الرُّبْعِ سَهْمٌ بَقِيَ اثْنَانِ ضُمَّهُمَا إلَى ثُلُثَيْ الْمَالِ فَتَصِيرُ بين الْبَنِينَ الْخَمْسَةِ لِكُلِّ ابْنٍ سَهْمَانِ

فَتَبَيَّنَ أَنَّا إذَا أَعْطَيْنَا له رُبْعَ الْمَالِ فَنَصِيبُهُ بِنَصِيبِهِ سَهْمَانِ مِثْلُ ما أَصَابَ هَؤُلَاءِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا التَّقْدِيرُ بِثُلُثِ الْمَالِ إذَا كان هُنَاكَ وَارِثٌ ولم يُجِزْ الزِّيَادَةَ فَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ على الثُّلُثِ إلَّا بِإِجَازَةِ الْوَارِثِ الذي هو من أَهْلِ الْإِجَازَةِ
وَالْأَصْلُ في اعْتِبَارِ هذا الشَّرْطِ ما رَوَيْنَا من حديث سَعْدٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال لِرَسُولِ اللَّهِ أُوصِي بِجَمِيعِ مَالِي فقال لَا
فقال فَبِثُلُثَيْهِ فقال لَا
فقال فَبِنِصْفِهِ قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا
قال فَبِثُلُثِهِ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ إنَّك أن تَدَعْ وَرَثَتَك أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ لك من أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ الناس
وَقَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ في آخِرَ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً في أَعْمَالِكُمْ وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَالِ إيجَابُ الْمِلْكِ عِنْدَ الْمَوْتِ وَعِنْدَ الْمَوْتِ حَقُّ الْوَرَثَةِ مُتَعَلِّقٌ بِمَالِهِ إلَّا في قَدْرِ الثُّلُثِ فَالْوَصِيَّةُ بِالزِّيَادَةِ على الثُّلُثِ تَتَضَمَّنُ إبْطَالَ حَقِّهِمْ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ من غَيْرِ إجَازَتِهِمْ
وَسَوَاءٌ كانت وَصِيَّتُهُ في الْمَرَضِ أو في الصِّحَّةِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إيجَابٌ مُضَافٌ إلَى زَمَانِ الْمَوْتِ فَيُعْتَبَرُ وَقْتُ الْمَوْتِ لَا وَقْتُ وُجُودِ الْكَلَامِ وَاعْتِبَارُهَا وَقْتَ الْمَوْتِ يُوجِبُ اعْتِبَارَهَا من الثُّلُثِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ وَقْتُ تَعَلُّقِ حَقِّ الْوَرَثَةِ بِالتَّرِكَةِ إذْ الْمَوْتُ لَا يَخْلُو عن مُقَدِّمَةِ مَرَضٍ وَحَقُّهُمْ يَتَعَلَّقُ بِمَالِهِ في مَرَضِ مَوْتِهِ إلَّا في الْقَدْرِ الْمُسْتَثْنَى وهو الثُّلُثُ
فَرْقٌ بين الْوَصِيَّةِ وَغَيْرِهَا من التَّبَرُّعَاتِ كَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُنَاكَ وَقْتَ الْعَقْدِ فَإِنْ كان صَحِيحًا تَجُوزُ في جَمِيعِ مَالِهِ وَإِنْ كان مَرِيضًا لَا تَجُوزُ إلَّا في الثُّلُثِ لِأَنَّ الْهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إيجَابُ الْمِلْكِ

---



---

لِلْحَالِ فتعتبر ( ( فيعتبر ) ) فِيهِمَا حَالَ الْعَقْدِ فإذا كان صَحِيحًا فَلَا حَقَّ لِأَحَدٍ في مَالِهِ فَيَجُوزُ من جَمِيعِ الْمَالِ وإذا كان مَرِيضًا كان حَقُّ الْوَرَثَةِ مُتَعَلِّقًا بِمَالِهِ فَلَا يَجُوزُ إلَّا في قَدْرِ الثُّلُثِ
وَكَذَا الاعتاق في مَرَضِ الْمَوْتِ وَالْبَيْعُ وَالْمُحَابَاةُ قَدْرَ ما لَا يَتَغَابَنُ الناس فيه وابراء الْغَرِيمِ وَالْعَفْوُ عن دَمِ الْخَطَأِ يُعْتَبَرُ ذلك كُلُّهُ من الثُّلُثِ كَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْوَرَثَةِ بِمَالِ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ فِيمَا وَرَاءَ الثُّلُثِ
وَيَجُوزُ الْعَفْوُ عن دَمِ الْعَمْدِ وَلَا يُعْتَبَرُ فيه الثُّلُثُ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرَثَةِ إنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالْمَالِ وَالْقِصَاصُ ليس بِمَالٍ
وَكَذَا إنْ شَاءَ الْكَفَالَةِ بِالدَّيْنِ في حَالِ الْمَرَضِ وَضَمَانِ الدَّرْكِ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْتِزَامِ الدَّيْنِ فَيُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ كما تُعْتَبَرُ الْهِبَةُ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ فيه كما يُتَّهَمُ في الْهِبَةِ
وَلَوْ أَقَرَّ في مَرَضِهِ بِكَفَالَتِهِ بِالدَّيْنِ حَالَ صِحَّتِهِ فَحُكْمُ هذا الدَّيْنِ حُكْمُ دَيْنِ الْمَرَضِ حتى لَا يُصَدَّقَ في حَقِّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ وَيَكُونُ الْمَكْفُولُ له مع غُرَمَاءِ الْمَرَضِ سَوَاءً وَلَوْ كَفَلَ في صِحَّتِهِ وَأَضَافَ ذلك إلَى ما يُسْتَقْبَلُ بِأَنْ قال لِلْمَكْفُولِ له كُفِلْتَ بِمَا يَذُوبُ لَك على فُلَانٍ ثُمَّ وَجَبَ له على فُلَانٍ دِينٌ في حَالِ مَرَضِ الْكَفِيلِ فَحُكْمُ هذا الدِّينِ وَحُكْمُ دَيْنِ الصِّحَّةِ سَوَاءٌ حتى يَضْرِبَ الْمَكْفُولُ له بِجَمِيعِ ما يَضْرِبُ بِهِ غَرِيمُ الصِّحَّةِ لِأَنَّ الْكَفَالَة وُجِدَتْ في حَالِ ( (

( حالة ) ) الصِّحَّةِ
وَعَنْ إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَنْ أَوْصَى لِأُمِّ وَلَدِهِ في حَيَاتِهِ وَصِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ أَنَّهُ مِيرَاثٌ
وَلَوْ أَوْصَى عِنْدَ مَوْتِهِ لها بِوَصِيَّةٍ فَهِيَ لها من الثُّلُثِ
وَالْأَوَّلُ مَحْمُولٌ على ما إذَا أَعْطَاهَا شيئا في حَيَاتِهِ على وَجْهِ الْهِبَةِ لِأَنَّ الْهِبَةَ منها لَا تُتَصَوَّرُ حَقِيقَةً لِكَوْنِهَا تَمْلِيكًا وَهِيَ لَيْسَتْ من أَهْلِ الْمِلْكِ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ
وَالثَّانِي يجري على ظَاهِرِهِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَالِ إيجَابُ الْمِلْكِ عِنْدَ الْمَوْتِ وَهِيَ عِنْدَ الْمَوْتِ من أَهْلِ الْمِلْكِ لِكَوْنِهَا حُرَّةً فَكَانَتْ من أَهْلِ الْوَصِيَّةِ لها
وَلَوْ أَوْصَى بِمَا زَادَ على الثُّلُثِ وَلَا وَارِثَ له تَجُوزُ من جَمِيعِ الْمَالِ عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تَجُوزُ إلَّا من الثُّلُث وَالْمَسْأَلَةُ ذَكَرْنَاهَا في كِتَابِ الْوَلَاءِ
وَكَذَلِكَ إذَا كان له وَارِثٌ وَأَجَازَ الزِّيَادَةَ على الثُّلُثِ لِأَنَّ امْتِنَاعَ النَّفَاذِ في الزِّيَادَةِ لِحِقِّهِ وَإِلَّا فَالْمَنْفَذُ لِلتَّصَرُّفِ وهو الْمِلْكُ قَائِمٌ فإذا أَجَازَ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ ثُمَّ إذَا جَازَتْ بِإِجَازَتِهِ فَالْمُوصَى له يَمْلِكُ الزِّيَادَةَ من قِبَلِ الْمُوصِي لَا من قِبَلِ الْوَارِثِ فَالزِّيَادَةُ جَوَازُهَا جَوَازُ وَصِيَّتِهِ من الموصى لَا جَوَازُ عَطِيَّةٍ من الْوَارِثِ
وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ جَوَازُهَا جَوَازُ هِبَةٍ وَعَطِيَّةٍ حتى يَقِفَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فيها على الْقَبْضِ عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا لَا يَقِفُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ النَّفَاذَ لَمَّا وَقَفَ على إجَازَةِ الْوَارِثِ فَدَلَّ أَنَّ الْإِجَازَةَ هِبَةٌ منه
وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّ الْوَارِثَ لو أَجَازَ الْوَصِيَّةَ في مَرَضِ مَوْتِهِ تُعْتَبَرُ إجَازَتُهُ من ثُلُثِهِ فثبت ( ( ( وثبت ) ) ) أَنَّ التَّمْلِيكَ منه
وَلَنَا أَنَّ الْمُوصِيَ بِالْوَصِيَّةِ مُتَصَرِّفٌ في مِلْكِ نَفْسِهِ وَالْأَصْلُ فيه النَّفَاذُ لِصُدُورِ التَّصَرُّفِ من الْأَهْلِ في الْمَحِلِّ وَإِنَّمَا الِامْتِنَاعُ لِمَانِعٍ وهو حَقُّ الْوَارِثِ فإذا أَجَازَ فَقَدْ أَزَالَ الْمَانِعَ وَيَنْفُذُ بِالسَّبَبِ السَّابِقِ لَا بِإِزَالَةِ الْمَانِعِ لِأَنَّ إزَالَتَهُ شَرْطٌ
وَالْحُكْمُ بَعْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ يُضَافُ إلَى السَّبَبِ لَا إلَى الشَّرْطِ وَيَتَوَقَّفُ ثُبُوتُهُ على السَّبَبِ في الْحَقِيقَةِ لَا على الشَّرْطِ لِأَنَّ الشُّرُوطَ كُلَّهَا شُرُوطُ الْأَسْبَابِ لَا شُرُوطُ الْأَحْكَام على ما عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ وقد خُرِّجَ الْجَوَابُ عَمَّا ذُكِرَ
وَأَمَّا إجَازَتُهُ في مَرَضِ مَوْتِهِ فَإِنَّمَا اُعْتُبِرَتْ من ثُلُثِهِ لَا لِكَوْنِ الْإِجَازَةِ منه تَمْلِيكًا وَإِيجَابًا لِلْمِلْكِ لِأَنَّ الْإِجَازَةَ لَا تنبىء عن التَّمْلِيكِ بَلْ هِيَ إزَالَةُ الْمَانِعِ عن وُقُوعِ التَّصَرُّفِ تَمْلِيكًا بِإِسْقَاطِ الْحَقِّ عن مَالِ التَّصَرُّفِ وهو مُتَبَرِّعٌ في هذا الْإِسْقَاطِ فَيُعْتَبَرُ تَبَرُّعُهُ من الثُّلُثِ كما يُعْتَبَرُ تَبَرُّعُهُ بِالتَّمْلِيكِ بِالْهِبَةِ من الثُّلُثِ فَإِنْ أَجَازَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ وَرَدَّ بَعْضُهُمْ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ بِقَدْرِ حِصَّةِ الْمُجِيزِ منهم وَبَطَلَتْ بِقَدْرِ أَنْصِبَاءِ الرَّادِّينَ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم وِلَايَةَ الْإِجَازَةِ وَالرَّدِّ في قَدْرِ حِصَّتِهِ
فَتَصَرُّفُ كل وَاحِدٍ منهم في نَصِيبِهِ صَدَرَ عن وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ فَيَنْفُذُ ثُمَّ إنَّمَا تُعْتَبَرُ إجَازَةُ من أَجَازَ إذَا كان الْمُجِيزُ من أَهْلِ الْإِجَازَةِ بِأَنْ كان بَالِغًا عَاقِلًا فَإِنْ كان مَجْنُونًا أو صَبِيًّا لَا يَعْقِلُ لَا تُعْتَبَرُ إجَازَتُهُ فَإِنْ كان عَاقِلًا بَالِغًا لَكِنَّهُ مَرِيضٌ مَرَضَ الْمَوْتِ جَازَتْ إجَازَتُهُ
ثُمَّ إنْ كان الْوَارِثُ وَاحِدًا كانت إجَازَتُهُ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ الْوَصِيَّةِ حتى لو كان الْمُوصَى له وَارِثَهُ لَا تَجُوزُ إجَازَتُهُ إلَّا أَنْ تُجِيزَهَا وَرَثَةُ الْمَرِيضِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَإِنْ كان أَجْنَبِيًّا تَجُوزُ إجَازَتُهُ وَتُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ ثُمَّ وَقْتُ الْإِجَازَةِ هو ما بَعْدَ مَوْتِ الموصى
وَلَا تُعْتَبَرُ الْإِجَازَةُ حَالَ حَيَاتِهِ
حتى أنهم لو أَجَازُوا في حَيَاتِهِ لهم أَنْ يَرْجِعُوا عن ذلك بَعْدَ مَوْتِهِ
وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وقال ابن أبي لَيْلَى رَحِمَهُ اللَّهُ تَجُوزُ إجَازَتُهُمْ بَعْدَ مَوْتِهِ وَحَالَ حَيَاتِهِ

وإذا أَجَازُوا في حَيَاتِهِ فَلَيْسَ لهم أَنْ يَرْجِعُوا بَعْدَ مَوْتِهِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّهُمْ إذَا أَجَازُوا بَعْدَ مَوْتِهِ ليس لهم أَنْ

---



---

يَرْجِعُوا بَعْدَ ذلك

وَجْهُ قَوْلِ ابْنِ أبي لَيْلَى أَنَّ إجَازَتَهُمْ في حَالِ الْحَيَاةِ صَادَفَتْ مَحِلَّهَا لِأَنَّ حَقَّهُمْ يَتَعَلَّقُ بِمَالِهِ في مَرَضِ مَوْتِهِ إلَّا أَنَّهُ لَا يَظْهَرُ كَوْنُ هذا الْمَرَضِ مَرَضَ الْمَوْتِ إلَّا بِالْمَوْتِ فإذا اتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كان مَرَضَ الْمَوْتِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ حَقَّهُمْ كان مُتَعَلِّقًا بِمَالِهِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُمْ أَسْقَطُوا حَقَّهُمْ بِالْإِجَازَةِ فَجَازَتْ إجَازَتُهُمْ

وَلَنَا إن حَقَّهُمْ إنَّمَا يَثْبُتُ عِنْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّهُ إنَّمَا يُعْلَمُ بِكَوْنِ الْمَرَضِ مَرَضَ الْمَوْتِ عِنْدَ الْمَوْتِ فإذا مَاتَ الْآنَ عُلِمَ كَوْنُهُ مَرَضَ الْمَوْتِ فَيَثْبُتُ حَقُّهُمْ الْآنَ إلَّا أَنَّهُ إذَا ثَبَتَ حَقُّهُمْ عِنْدَ الْمَوْتِ اسْتَنَدَ الْحَقُّ الثَّابِتُ إلَى أَوَّلِ الْمَرَضِ وَالِاسْتِنَادُ إنَّمَا يَظْهَرُ في الْقَائِمِ لَا في الْمَاضِي وَإِجَازَتُهُمْ قد مَضَتْ لَغْوًا ضَائِعًا لِانْعِدَامِ الْحَقِّ حَالَ وُجُودِهَا فَلَا تَلْحَقُهَا الْإِجَازَةُ

وَالدَّلِيلُ على أَنَّ حَقَّ الْوَرَثَةِ لَا يَثْبُتُ في حَالِ الْمَرَضِ بِطَرِيقِ الظُّهُورِ الْمَحْضِ أَنَّ الْمَرِيضَ يَحِلُّ له أَنْ يَطَأَ جَارِيَتَهُ

وَلَوْ ثَبَتَ الْمِلْكُ عِنْدَ الْمَوْتِ بِطَرِيقِ الظُّهُورِ الْمَحْضِ لَتَبَيَّنَ أَنَّهُ وطىء مِلْكَ غَيْرِهِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ كان حَرَامًا وَلَيْسَ كَذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ على أَنَّ في إثْبَاتِ الْحَقِّ في الْمَرَضِ على طَرِيقِ الظُّهُورِ الْمَحْضِ إبْطَالَ الْحَقِيقَةِ عِنْدَ الْمَوْتِ فَلَا يَجُوزُ اعْتِبَارُ الْحَقِّ لِلْحَالِ لِإِبْطَالِ الْحَقِيقَةِ عِنْدَ الْمَوْتِ فَكَانَ اعْتِبَارُهُ من طَرِيقِ الِاسْتِنَادِ فَيَظْهَرُ في الْقَائِمِ لَا في الْمَاضِي

وَلَوْ أَوْصَى بِأَلْفِ دِرْهَمٍ من مَالِ رَجُلٍ أو عَبْدٍ أو شَيْءٍ آخَرَ له فَأَجَازَهُ ذلك الرَّجُلُ قبل مَوْتِهِ أو بَعْدَ مَوْتِهِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عنه ما لم يَدْفَعْهُ إلَى الْمُوصَى له فإذا دَفَعَهُ إلَيْهِ جَازَ لِأَنَّ جَوَازَهُ ليس بِجَوَازِ وَصِيَّتِهِ إذْ لَا وِلَايَةَ على مَالِ الْغَيْرِ وَإِنَّمَا جَوَازُهُ جَوَازُ هِبَةٍ من صَاحِبِ الْمَالِ فلم تَكُنْ إجَازَتُهُ أجازة إسْقَاطِ حَقٍّ بَلْ هو عَقْدُ هِبَةٍ منه لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْمُوصِي صَادَفَ مِلْكَ غَيْرِهِ فَوَقَفَ على إجَازَتِهِ فإذا أَجَازَهُ الْغَيْرُ فَوَقَعَ هِبَةً من جِهَتِهِ لَا وَصِيَّةً من الْمُوصِي كَأَنَّهُ وَهَبَهُ ابْتِدَاءً فَإِنْ سَلَّمَ جَازَتْ الْهِبَةُ وَإِلَّا فَلَا بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ بِمَا زَادَ على الثُّلُثِ إذَا أَجَازَهَا الْوَرَثَةُ أنها تَجُوزُ وَلَا يُشْتَرَطُ فيها التَّسْلِيمُ إلَى الْمُوصَى له لِأَنَّ التَّصَرُّفَ هُنَاكَ وَقَعَ وَصِيَّةً لِمُصَادِفَتِهِ مِلْكَ نَفْسِهِ فَلَا يُفْتَقَرُ إلَى التَّسْلِيمِ وَإِنَّمَا يُفْتَقَرُ إلَى الْإِجَازَةِ فإذا وُجِدَتْ الْإِجَازَةُ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ وَنُفِّذَتْ وَسَوَاءٌ كان الْمُوصَى بِهِ جُزْءًا مُسَمًّى كَالثُّلُثِ وَالنِّصْفِ أو كان جَمِيعَ الْمَالِ أو كان عَيْنًا مُشَارًا إلَيْهَا بِأَنْ أَوْصَى بِعَبْدٍ له أو ثَوْبٍ له أنه يُعْتَبَرُ في ذلك كُلِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كان يُخْرِجُ من ثُلُثِ جَمِيعِ مَالِهِ فَهُوَ له وَإِنْ كان لَا يُخْرِجُ فَلَهُ منه قَدْرُ ما يُخْرِجُ

وَإِنْ لم يَكُنْ له مَالٌ آخَرُ فَلَهُ ثُلُثُهُ وَالثُّلُثَانِ لِلْوَرَثَةِ وَسَوَاءٌ كانت الْوَصِيَّةُ وَاحِدَةً أو اجْتَمَعَتْ الْوَصَايَا أنه يُنَفَّذُ الْكُلُّ من الثُّلُثِ إنْ أَمْكَنَ تَنْفِيذُ الْكُلِّ منه وَإِنْ لم يُمْكِنْ وَضَاقَ الثُّلُثُ عن الْكُلِّ يَتَضَارَبُ فيه وَيُقَدَّمُ الْبَعْضُ على الْبَعْضِ عِنْدَ وُجُودِ سَبَبِ التَّقَدُّمِ

وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ إن الْوَصَايَا إذَا اجْتَمَعَتْ فَالثُّلُثُ لَا يَخْلُو إمَّا إنْ كان يَسَعُ كُلَّ

الْوَصَايَا وَإِمَّا أَنْ لَا يَسَعَ الْكُلَّ فَإِنْ كان يَسَعُ الْكُلَّ تُنَفَّذُ الْوَصِيَّةُ من الثُّلُثِ في الْكُلِّ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَعَلَّقَتْ بِالْكُلِّ وَأَمْكَنَ تَنْفِيذُهَا في الْكُلِّ فَتُنَفَّذُ سَوَاءٌ كانت الْوَصَايَا لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى كَالْوَصِيَّةِ بِالْقُرَبِ من الْوَصِيَّةِ بِالْحَجِّ الْفَرْضِ وَالزَّكَاةِ وَالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ وَالنُّذُورِ وَصَدَقَةِ الْفِطْرِ وَالْأُضْحِيَّةِ وَحَجِّ التَّطَوُّعِ وَصَوْمِ التَّطَوُّعِ وَبِنَاءِ الْمَسَاجِدِ وَإِعْتَاقِ النَّسَمَةِ وَذَبْحِ الْبَدَنَةِ وَنَحْوِ ذلك أو كانت العباد ( ( ( للعباد ) ) ) كَالْوَصِيَّةِ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو وَبِكْرٍ وَخَالِدٍ

وَكَذَلِكَ لو كان الثُّلُث لَا يَسَعُ الْكُلَّ لَكِنْ الْوَرَثَةُ أَجَازَتْ

فَأَمَّا إذَا كان الثُّلُثُ لَا يَسَعُ ولم تُجِزْ الْوَرَثَةُ فَالْوَصَايَا لَا تَخْلُو إمَّا إنْ كانت كُلُّهَا لِلَّهِ تَعَالَى عز وجل وَهِيَ الْوَصِيَّةُ بِالْقُرَبِ أو كان بَعْضُهَا لِلَّهِ تَعَالَى وَالْبَعْضُ لِلْعِبَادِ

فَإِنْ كان الْكُلُّ لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يَخْلُو إمَّا إنْ كان الْكُلُّ فَرَائِضَ أو وَاجِبَاتٍ أو نَوَافِلَ أو اجْتَمَعَ في الْوَصَايَا من كل جِنْسٍ من الْفَرَائِضِ وَالْوَاجِبَاتِ وَالتَّطَوُّعَاتِ فَإِنْ كان الْكُلُّ فَرَائِضَ مُتَسَاوِيَةً يَبْدَأُ بِمَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي لِأَنَّ عِنْدَ تساويها ( ( ( تساويهما ) ) ) لَا يُمْكِنُ التَّرْجِيحُ بِالذَّاتِ فَيُرَجَّحُ بِالْبِدَايَةِ لِأَنَّ الْبِدَايَةَ دَلِيلُ اهْتِمَامِهِ بِمَا بَدَأَ بِهِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَبْدَأُ بِالْأَهَمِّ فَالْأَهَمِّ عَادَةً

وَاخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عن أبي يُوسُفَ في الْحَجِّ وَالزَّكَاةِ رُوِيَ عنه أَنَّهُ يَبْدَأُ بِالْحَجِّ وَإِنْ أَخَّرَهُ الْمُوصِي في الذِّكْرِ

وَرُوِيَ عنه أَنَّهُ يَبْدَأُ بِالزَّكَاةِ وهو قَوْلُ مُحَمَّدٍ

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ الْحَجَّ عِبَادَةٌ بَدَنِيَّةٌ وَالزَّكَاةُ عِبَادَةٌ مَالِيَّةٌ وَالْعِبَادَةُ الْبَدَنِيَّةُ أَوْلَى لِأَنَّ النَّفْسَ أَنْفَسُ وَأَعَزُّ من الْمَالِ فَكَانَ تَقَرُّبًا إلَى اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى بِأَعَزِّ الْأَشْيَاءِ وَأَنْفَسِهَا عِنْدَهُ فَكَانَ أَقْوَى فَكَانَتْ الْبِدَايَةُ بِهِ أَوْلَى على أَنَّ الْحَجَّ عِبَادَةٌ بَدَنِيَّةٌ لها تَعَلُّقٌ بِالْمَالِ وَالزَّكَاةُ عِبَادَةٌ مَالِيَّةٌ لَا تَعَلُّقَ لها بِالْبَدَنِ فَكَانَ الْحَجُّ أَقْوَى فَكَانَ أَوْلَى بِالتَّقَدُّمِ

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ الْحَجَّ تَمَحَّضَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى وَالزَّكَاةُ يَتَعَلَّقُ بها حَقُّ الْعَبْدِ فَيُقَدَّمُ لِحَاجَةِ الْعَبْدِ وغنا ( ( ( وغنى ) ) ) اللَّهِ عز وجل

وَقَالُوا في الْحَجِّ وَالزَّكَاةِ إنَّهُمَا

---



---

يُقَدَّمَانِ على الْكَفَّارَاتِ لِأَنَّهُمَا وَاجِبَانِ بِإِيجَابِ اللَّهِ ابْتِدَاءً من غَيْرِ تَعَلُّقِ وُجُوبِهِمَا بِسَبَبٍ من جِهَةِ الْعَبْدِ وَالْكَفَّارَاتُ يَتَعَلَّقُ وُجُوبُهَا بِأَسْبَابٍ تُوجَدُ من الْعَبْدِ من الْقَتْلِ وَالظِّهَارِ وَالْيَمِينِ وَالْوَاجِبُ ابْتِدَاءً أَقْوَى فَيُقَدَّمُ وَالْكَفَّارَاتُ مُتَقَدِّمَةٌ على صَدَقَةِ الْفِطْرِ لِأَنَّ صَدَقَةَ الْفِطْرِ وَاجِبَةٌ وَالْكَفَّارَاتُ فَرَائِضُ والفرض ( ( ( والفرض ) ) ) مُقَدَّمٌ على الْوَاجِبِ وَلِأَنَّ هذه الْكَفَّارَاتِ مَنْصُوصٌ عليها في الْكِتَابِ الْعَزِيزِ وَلَا نَصَّ في الْكِتَابِ على صَدَقَةِ الْفِطْرِ وَإِنَّمَا عُرِفَتْ بِالسُّنَّةِ الْمُطَهَّرَةِ فَكَانَ الْمَنْصُوصُ عليه في الْكِتَابِ الْعَزِيزِ أَقْوَى فَكَانَ أَوْلَى وَصَدَقَةُ الْفِطْرِ مُقَدَّمَةٌ على الْأُضْحِيَّةِ وَإِنْ كانت الْأُضْحِيَّةُ أَيْضًا وَاجِبَةً عِنْدَنَا لَكِنَّ صَدَقَةَ الْفِطْرِ مُتَّفَقٌ على وُجُوبِهَا وَالْأُضْحِيَّةُ وُجُوبُهَا مَحَلُّ الِاجْتِهَادِ فَالْمُتَّفَقُ على الْوُجُوبِ أَقْوَى فَكَانَ بِالْبِدَايَةِ أَوْلَى

وَكَذَا صَدَقَةُ الْفِطْرِ مُقَدَّمَةٌ على كَفَّارَةِ الْفِطْرِ في رَمَضَانَ لِأَنَّ وُجُوبَ تِلْكَ الْكَفَّارَةِ ثَبَتَ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ وَصَدَقَةُ الْفِطْرِ ثَبَتَ وُجُوبُهَا بِأَخْبَارٍ مَشْهُورَةٍ وَالثَّابِتُ

بِالْخَبَرِ الْمَشْهُورِ أَقْوَى فَيُقَدَّمُ
وَقَالُوا إنَّ صَدَقَةَ الْفِطْرِ تُقَدَّمُ على الْمَنْذُورِ بِهِ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ بِإِيجَابِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ابْتِدَاءً وَالْمَنْذُورُ بِهِ وَجَبَ بِإِيجَابِ الْعَبْدِ وقد تَعَلَّقَ وُجُوبُهُ أَيْضًا بِسَبَبِ مُبَاشَرَةِ الْعَبْدِ فَتُقَدَّمُ الصَّدَقَةُ
وَالْإِشْكَالُ عليه إن صَدَقَةَ الْفِطْرِ من الْوَاجِبَاتِ لَا من الْفَرَائِضِ لِأَنَّ وُجُوبَهَا ثَبَتَ بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ بَلْ بِدَلِيلٍ فيه شُبْهَةُ الْعَدَمِ وَلِهَذَا لَا يَكْفُرُ جَاحِدُهُ وَالْوَفَاءُ بِالْمَنْذُورِ بِهِ فَرْضٌ لأن وُجُوبَهُ ثَبَتَ بِدَلِيلٍ مَقْطُوعٍ بِهِ وهو النَّصُّ الْمُفَسَّرُ من الْكِتَابِ الْعَزِيزِ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ } وَالْفَرْضُ مُقَدَّمٌ على الْوَاجِبِ وَلِهَذَا يَكْفُرُ جَاحِدُ وُجُوبِ الْوَفَاءِ بِالنَّذْرِ وفي كِتَابِ اللَّهِ عز وجل دَلِيلٌ عليه وهو قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَمِنْهُمْ من عَاهَدَ اللَّهَ لئن ( ( ( لإن ) ) ) آتَانَا من فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ من الصَّالِحِينَ فلما آتَاهُمْ من فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوْا وَهُمْ مُعْرِضُونَ فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا في قُلُوبِهِمْ إلَى يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ ما وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ }
وَالْمَنْذُورُ بِهِ مُقَدَّمٌ على الْأُضْحِيَّةَ لِأَنَّهُ وَاجِبُ الْوَفَاءِ بِيَقِينٍ وفي وُجُوبِ الْأُضْحِيَّةَ شُبْهَةُ الْعَدَمِ لِكَوْنِهِ مَحَلَّ الِاجْتِهَادِ وَالْأُضْحِيَّةُ تُقَدَّمُ على النَّوَافِلِ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَسُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ عِنْدَهُمَا وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَالْوَاجِبُ وَالسُّنَّةُ الْمُؤَكَّدَةُ أَوْلَى من النَّافِلَةِ فَالظَّاهِرُ من حَالِ الْمُوصِي أَنَّهُ قَصَدَ تَقْدِيمَهَا على النَّافِلَةِ تَحْسِينًا لِلظَّنِّ بِالْمُسْلِمِ إلَّا أَنَّهُ تَرَكَهُ سَهْوًا فَيُقَدَّمُ بِدَلَالَةِ حَالَةِ التَّقْدِيمِ وَإِنْ أَخَّرَهُ بِالذِّكْرِ على سَبِيلِ السَّهْوِ
هذا الذي ذَكَرْنَا إذَا لم يَكُنْ في الْوَصَايَا بِالْقُرَبِ إعْتَاقٌ مُنَجَّزٌ وهو الْإِعْتَاقُ في مَرَضِ الْمَوْتِ أو إعْتَاقٌ مُعَلَّقٌ بِالْمَوْتِ وهو التَّدْبِيرُ فَإِنْ كان تَقَدَّمَ ذلك لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ الْمُنَجَّزَ وَالْمُعَلَّقَ بِالْمَوْتِ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَكَانَ أَقْوَى فَيُقَدَّمُ
وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِالْإِعْتَاقِ فَإِنْ كان إعْتَاقًا وَاجِبًا في كَفَّارَةٍ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْكَفَّارَاتِ وقد ذَكَرْنَا ذلك وَإِنْ لم يَكُنْ وَاجِبًا فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الْوَصَايَا الْمُتَنَفَّلِ بها من الصَّدَقَةِ على الْفُقَرَاءِ وَبِنَاءِ الْمَسَاجِدِ وَحَجِّ التَّطَوُّعِ وَنَحْوِ ذلك لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْإِعْتَاقِ يَلْحَقُهَا الْفَسْخ كما يَلْحَقُ سَائِرَ الْوَصَايَا فَكَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِالْإِعْتَاقِ غيرَ وَاجِبَةٍ مِثْلَ سَائِرِ الْوَصَايَا فَلَا تُقَدَّمُ بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ الْمُنَجَّزِ في الْمَرَضِ وَالْمُعَلَّقِ بِالْمَوْتِ لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُمَا الْفَسْخُ فَكَانَ أَقْوَى فَيُقَدَّمُ على سَائِرِ الْوَصَايَا
وَإِنْ كانت الْوَصَايَا بَعْضُهَا لِلَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَبَعْضُهَا لِلْعِبَادِ فَإِنْ أَوْصَى لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ يَتَضَارَبُونَ بِوَصَايَاهُمْ في الثُّلُثِ ثُمَّ ما أَصَابَ الْعِبَادَ فَهُوَ لهم لَا يُقَدَّمُ بَعْضُهُمْ على بَعْضٍ لِمَا نُبَيِّنُ وما كان لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَجْمَعُ ذلك فَيَبْدَأُ منها بِالْفَرَائِضِ ثُمَّ بِالْوَاجِبَاتِ ثُمَّ بِالنَّوَافِلِ
وَإِنْ كان مع الْوَصَايَا لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَصِيَّةٌ لِوَاحِدٍ مُعَيَّنٍ من الْعِبَادِ فإنه يَضْرِبُ بِمَا أَوْصَى له بِهِ مع الْوَصَايَا بِالْقُرَبِ وَيَجْعَلُ كُلَّ جِهَةٍ من جِهَاتِ الْقُرْبِ مُفْرَدَةً بِالضَّرْبِ فَإِنْ قال ثُلُثُ مَالِي في الْحَجِّ وَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ وَلِزَيْدٍ فإن الثُّلُثَ يُقَسَّمُ على أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ سَهْمٌ لِلْمُوصَى له وَسَهْمٌ لِلْحَجِّ وَسَهْمٌ لِلزَّكَاةِ وَسَهْمٌ لِلْكَفَّارَاتِ لِأَنَّ كُلَّ جِهَةٍ من هذه الْجِهَاتِ غَيْرُ الْأُخْرَى فترد ( ( ( فتفرد ) ) ) كُلَّ جِهَةٍ بِسَهْمٍ كما لو أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِقَوْمٍ مُعَيَّنِينَ
فَإِنْ قِيلَ جِهَاتُ الْقُرَبِ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ فَالْمَقْصُودُ منها كُلِّهَا وَاحِدٌ وهو طَلَبُ مرضاة ( ( ( مرضات ) ) ) اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَابْتِغَاءِ وَجْهِهِ الْكَرِيمِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَضْرِبَ لِلْمُوصَى له بِسَهْمٍ وَالْقُرَبِ بِسَهْمٍ فَالْجَوَابُ أَنَّ الْمَقْصُودَ من الْكُلِّ وَإِنْ كان وَاحِدًا وهو ابْتِغَاءُ وَجْهِ اللَّهِ عز وجل وَطَلَبُ مرضات ( ( ( مرضاته ) ) ) لَكِنَّ الْجِهَةَ مَنْصُوصٌ عليها فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا كما لو أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ

لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنَاءِ السَّبِيلِ أن كُلُّ وَاحِدٍ منهم يَضْرِبُ بِسَهْمِهِ وَإِنْ

---

(7/372)

---

كان الْمَقْصُودُ من الْكُلِّ التَّقَرُّبَ إلَى اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى
لَكِنْ لَمَّا كانت الْجِهَةُ مَنْصُوصًا عليها اُعْتُبِرَ الْمَنْصُوصُ عليه
كَذَا هَهُنَا
هذا إذا كانت الْوَصَايَا كُلّهَا لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أو بَعْضهَا لِلَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَبَعْضُهَا لِلْعِبَادِ
فَأَمَّا إذَا كانت كُلُّهَا لِلْعِبَادِ فَإِنَّهَا لَا تَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إنْ كانت كُلُّهَا في الثُّلُثِ لم يُجَاوِزْ وَاحِدَةٌ منها قَدْرَ الثُّلُثِ وَإِمَّا إنْ جَاوَزَتْ فَإِنْ لم تُجَاوِزْ بِأَنْ أَوْصَى لِإِنْسَانٍ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلِآخَرَ بِالرُّبْعِ وَلِآخَرَ بِالسُّدُسِ فَإِنَّهُمْ يتضاربون ( ( ( يتضاربون ) ) ) في الثُّلُثِ بِقَدْرِ حُقُوقِهِمْ فَيَضْرِبُ صَاحِبُ الثُّلُثِ بِثُلُثِ الثُّلُثِ وَصَاحِبُ الرُّبْعِ بِرُبْعِ الثُّلُثِ وَصَاحِبُ السُّدُسِ بِسُدُسِ الثُّلُثِ فَيَضْرِبُ كُلُّ وَاحِدٍ منهم بِقَدْرِ فَرِيضَتِهِ من الثُّلُثِ فَلَا يُقَدَّمُ بَعْضُهُمْ على بَعْضٍ إلَّا إذَا كان مع هذه الْوَصَايَا أَحَدُ الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ الْإِعْتَاقُ الْمُنَجَّزُ في الْمَرَضِ أو الْمُعَلَّقُ بِالْمَوْتِ في الْمَرَضِ أو في الصِّحَّةِ وهو التَّدْبِيرُ أو الْبَيْعُ بِالْمُحَابَاةِ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ الناس فيه في الْمَرَضِ فَيُقَدَّمُ هو على سَائِرِ الْوَصَايَا التي هِيَ لِلْعِبَادِ كما يُقَدَّمُ على الْوَصَايَا بِالْقُرَبِ فَيَبْدَأُ بِذَلِكَ قبل كل وَصِيَّةٍ ثُمَّ يَتَضَارَبُ أَهْلُ الْوَصَايَا فِيمَا يَبْقَى من الثُّلُثِ وَيَكُونُ بَيْنَهُمْ على قَدْرِ وَصَايَاهُمْ وَإِنَّمَا قُلْنَا إنَّهُ لَا يُقَدَّمُ الْبَعْضُ على الْبَعْضِ في غَيْرِ الْمَوَاضِعِ الْمُسْتَثْنَاةِ لِأَنَّ تَقْدِيمَ الْبَعْضِ على الْبَعْضِ يَسْتَدْعِي وُجُودَ الْمُرَجِّحِ ولم يُوجَدْ لِأَنَّ الْوَصَايَا كُلَّهَا اسْتَوَتْ في سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ لِأَنَّ سَبَبَ اسْتِحْقَاقِ كل وَاحِدٍ منهم مِثْلُ سَبَبِ صَاحِبِهِ وَالِاسْتِوَاءُ في السَّبَبِ يُوجِبُ الِاسْتِوَاءَ في الْحُكْمِ وَلَا اسْتِوَاءَ في سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ في مَوَاضِعِ الِاسْتِثْنَاءِ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ الْمُنَجَّزَ وَالْمُعَلَّقَ بِالْمَوْتِ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَالْمُحَابَاةُ تُسْتَحَقُّ بِعَقْدِ ضَمَانٍ وهو الْبَيْعُ إذْ هو عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَكَانَ الْبَيْعُ مَضْمُونًا بِالثَّمَنِ وَالْوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ فَكَانَتْ الْمُحَابَاةُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِعَقْدِ الضَّمَانِ أَقْوَى فَكَانَتْ أَوْلَى بِالتَّقْدِيمِ وَإِنْ اجْتَمَعَ الْعِتْقُ وَالْمُحَابَاةِ وَضَاقَ الثُّلُثُ عنهما فَقَدْ قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ كانت الْمُحَابَاةُ قبل الْعِتْقِ يَبْدَأُ بِالْمُحَابَاةِ وَإِلَّا اسْتَوَيَا هَكَذَا رَوَى الْمُعَلَّى عن أبي يُوسُفَ عن أبي حَنِيفَةَ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَبْدَأ بِالْعِتْقِ تَقَدَّمَ أو تَأَخَّرَ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْعِتْقَ أَقْوَى من الْمُحَابَاةِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَالْمُحَابَاةُ تَحْتَمِلُ وفي بَابِ الْوَصَايَا يُقَدَّمُ الْأَقْوَى فَالْأَقْوَى إذَا كان الثُّلُثُ لَا يَسَعُ الْكُلَّ وَلِهَذَا قُدِّمَ الْعِتْقُ على سَائِرِ الْوَصَايَا
وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا عِبْرَةَ بِالتَّقْدِيمِ في الذِّكْرِ فإنه يُقَدَّمُ على سَائِرِ الْوَصَايَا وَإِنْ كانت مُقَدَّمَةً في الذِّكْرِ على الْعِتْقِ على أَنَّ التَّقَدُّمَ في الذِّكْرِ يُعْتَبَرُ ترجيح ( ( ( ترجيحا ) ) ) وَالتَّرْجِيحُ إنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الِاسْتِوَاءِ في رُكْنِ الْعِلَّةِ وَلَا اسْتِوَاءَ هَهُنَا لِمَا بَيَّنَّا فَبَطَلَ التَّرْجِيحُ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُحَابَاةَ أَقْوَى من الْعِتْقِ لِأَنَّهَا تُسْتَحَقُّ بِعَقْدِ ضَمَانٍ على ما بَيَّنَّا وَالْعِتْقُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ فَلَا يُزَاحِمُهَا وكان يَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ على الْعِتْقِ

تَقَدَّمَتْ في الذِّكْرِ أو تَأَخَّرَتْ إلَّا أَنَّ مُزَاحَمَةَ الْعِتْقِ إيَّاهَا حَالَةَ التَّأْخِيرِ ثَبَتَ لِضَرُورَةِ التَّعَارُضِ حَالَةَ التَّقَدُّمِ على ما نَذْكُرُهُ
وَأَمَّا قَوْلُهُمَا إنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَبَعْضُ الْمَشَايِخِ قالوا إنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ من جِهَةِ الْمُوصِي فإن من بَاعَ مَالَهُ بِالْمُحَابَاةِ في مَرَضِ مَوْتِهِ لَا يَمْلِكُ فَسْخَهُ كما لو أَعْتَقَ عَبْدَهُ في مَرَضِ مَوْتِهِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ فَسْخَهُ فَاسْتَوَيَا في عَدَمِ احْتِمَالِ الْفَسْخِ من جِهَةِ الْمُوصِي وهو الْمُعْتَقُ وَالْبَائِعُ فإذا كانت الْبِدَايَةُ بِالْمُحَابَاةِ تَرَجَّحَتْ بِالْبِدَايَةِ لِكَوْنِ الْبِدَايَةِ بها دَلِيلَ الِاهْتِمَامِ وَلَا يُمْكِنُ تَرْجِيحُ الْعِتْقِ عِنْدَ الْبِدَايَةِ بِهِ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الْمُحَابَاةِ بِعَقْدِ الضَّمَانِ يَقْتَضِي تَرْجِيحَهَا على الْعِتْقِ الذي هو تَبَرُّعٌ مَحْضٌ فَتَعَارَضَ الْوَجْهَانِ فَسَقَطَا وَالْتَحَقَا بِالْعَدَمِ فَبَقِيَ أَصْلُ التَّعَارُضِ بِلَا تَرْجِيحٍ فَتَقَعُ الْمُزَاحَمَةُ بين الْمُحَابَاةِ وَالْعِتْقِ فَيُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا
وَهَذَا الْجَوَابُ ضَعِيفٌ لِأَنَّ الْبَيْعَ بِالْمُحَابَاةِ تَصَرُّفٌ يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ في نَفْسِهِ في الْجُمْلَةِ فَيُفْسَخُ بِخِيَارِ الْعَيْبِ وَالرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ وَالْإِقَالَةِ إذْ هِيَ فَسْخٌ في حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَكَانَتْ الْمُحَابَاةُ مُحْتَمِلَةً لِلْفَسْخِ في الْجُمْلَةِ وَالْعِتْقُ لَا يَحْتَمِلُهُ رَأْسًا فَكَانَ أَقْوَى من الْمُحَابَاةِ فَيَجِبُ أَنْ يُقَدَّمَ عليها كما هو مَذْهَبُهُمَا
وَمِنْهُمْ من قال إنَّ عَدَمَ احْتِمَالِ الْعِتْقِ لِلْفَسْخِ إنْ كان يَقْتَضِي تَرْجِيحَهُ على الْمُحَابَاةِ كما ذَكَرْنَا من تَعَلُّقِ الْمُحَابَاةِ بِعَقْدِ الضَّمَانِ يَقْتَضِي تَرْجِيحًا على الْعِتْقِ فَوَقَعَ التَّعَارُضُ فَتُرَجَّحُ الْمُحَابَاةُ بِالْبِدَايَةِ وإذا لم يَبْدَأْ بها فلم يُوجَدْ التَّرْجِيحُ فَبَقِيَتْ الْمُعَارَضَةُ فَثَبَتَتْ الْمُزَاحَمَةُ
وَهَذَا أَيْضًا ضَعِيفٌ لِأَنَّهُ لو كان كَذَلِكَ لَلَزِمَ تَقْدِيمُ الْعِتْقِ على الْمُحَابَاةِ إذَا بَدَأَ بِالْعِتْقِ لِوُجُودِ الْمُرَجِّحِ لِلْعِتْقِ عِنْدَ وُقُوعِ التَّعَارُضِ وَلَا قدم ( ( ( يقدم ) ) ) غَيْرُهُ بَلْ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا
وَمِنْهُمْ من قال تَعَلُّقُ الْمُحَابَاةِ بِعَقْدِ الضَّمَانِ بحيث اسْتِحْقَاقُهَا بِهِ أَقْوَى في الدَّلَالَةِ من الْعِتْقِ

---



---

من حَيْثُ عَدَم احْتِمَالِ الْفَسْخِ بِدَلِيلِ أَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ على الْإِعْتَاقِ حتى لو أَعْتَقَ عَبْدًا مُسْتَغْرَقًا بِالدَّيْنِ لَا يُنَفَّذُ وَإِنْ كان الْإِعْتَاقُ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَالْمُعَارَضَةُ مُحْتَمِلَةٌ لِلْفَسْخِ لِكَوْنِهَا عَقْدَ ضَمَانٍ فَلَا يُعَارِضُهَا الْعِتْقُ إلَّا عِنْدَ الْبِدَايَةِ وَعَلَى الْجُمْلَةِ تَقْرِيرُ مَذْهَبِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه في هذه الْمَسْأَلَةِ بِالْإِضَافَةِ إلَى عُقُولِنَا مُشْكِلٌ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَفَرَّعَ أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه على هذا فقال إذَا أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بين الْعِتْقِ الْأَوَّلِ وَبَيْنَ الْمُحَابَاةِ نِصْفَيْنِ ثُمَّ ما أَصَابَ الْعِتْقَ الْأَوَّلَ يُقَسَّمُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعِتْقِ الثَّانِي لِاسْتِوَائِهِمَا في الْقُوَّةِ
وَلَوْ حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بين الْمُحَابَّتَيْنِ نِصْفَيْنِ ثُمَّ ما أَصَابَ الْمُحَابَاةَ الْأَخِيرَةَ يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْعِتْقِ نِصْفَيْنِ
كما إذَا أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
هذا إذَا كان مع الْوَصَايَا لِلْعِبَادِ عِتْقٌ أو مُحَابَاةٌ فَإِنْ لم يَكُنْ يَضْرِبُ كُلَّ وَاحِدٍ

مِنْهُمَا بِقَدْرِ حَقِّهِ من الثُّلُثِ
حتى لو أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلِآخَرَ بِالسُّدُسِ ولم تُجِزْ الْوَرَثَةُ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا سَهْمَانِ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ وَسَهْمٌ لِصَاحِبِ السُّدُسِ
أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ من سِتَّةٍ ثُلُثُ الْمَالِ ثَلَاثَةٌ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ وَذَلِكَ سِتَّةٌ فَجُمْلَةُ الْمَالِ تِسْعَةٌ ثُلُثُهُ وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ لِلْمُوصَى لَهُمَا بِالثُّلُثِ وَالسُّدُسُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا وَثُلُثَاهُ وَذَلِكَ سِتَّةٌ لِلْوَرَثَةِ فَاسْتَقَامَ الثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ
وَإِنْ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ فللموصي له بِالثُّلُثِ سَهْمَانِ وَلِلْمُوصَى له بِالسُّدُسِ سَهْمٌ وَالْبَاقِي وهو ثَلَاثَةٌ من سِتَّةٍ لِلْوَرَثَةِ على فَرَائِضِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى
وَلَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِالثُّلُثِ وَلِآخَرَ بِالرُّبُعِ ولم تُجِزْ الْوَرَثَةُ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا على سَبْعَةِ أَسْهُمٍ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ أَرْبَعَةٌ وَلِصَاحِبِ الرُّبُعِ ثَلَاثَةٌ
أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ من اثْنَيْ عَشَرَ لِلْمُوصَى له بِالثُّلُثِ ثُلُثُهَا وَذَلِكَ أَرْبَعَةَ عَشَرَ فَيَكُونُ كُلُّ الْمَالِ أَحَدًا وَعِشْرِينَ الثُّلُثُ من ذلك سَبْعَةٌ لِلْمُوصَى له بِالثُّلُثِ وَالثُّلُثَانِ وهو أَرْبَعَةَ عَشَرَ لِلْوَرَثَةِ
وَإِنْ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ فللموصي له بِالثُّلُثِ ما أَوْصَى له وهو أَرْبَعَةٌ وَلِلْمُوصَى له بِالرُّبُعِ ما أَوْصَى له وهو ثَلَاثَةٌ وَالْبَاقِي وهو خَمْسَةٌ من اثْنَيْ عَشَرَ لِلْوَرَثَةِ على فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى وَلَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِالثُّلُثِ وَلِآخَرَ بِالرُّبُعِ وَلِآخَرَ بِالسُّدُسِ فَثُلُثُ الْمَالِ تِسْعَةٌ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ من اثْنَيْ عَشَرَ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ أَرْبَعَةٌ وَلِصَاحِبِ الرُّبُعِ ثَلَاثَةٌ وَلِصَاحِبِ السُّدُسِ سَهْمَانِ وَذَلِكَ تِسْعَةٌ وَثُلُثَا الْمَالِ مِثْلَاهُ وَذَلِكَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ فَيَكُونُ جُمْلَتُهُ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ سِهَامُ الْوَصِيَّةِ منها تِسْعَةٌ ثَلَاثَةٌ وَأَرْبَعَةٌ وَسَهْمَانِ وَثَمَانِيَةَ عَشَرَ سِهَامُ الْوَرَثَةِ
هذا إذَا لم يَكُنْ في الْوَصَايَا ما يَزِيدُ على الثُّلُثِ فَإِنْ كان بِأَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلِآخَرَ بِالنِّصْفِ فَإِنْ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ فَلِكُلٍّ وَاحِدٍ ما أَوْصَى له بِهِ فَالثُّلُث لِلْمُوصَى له بِالثُّلُثِ وَالنِّصْفُ لِلْمُوصَى له بِالنِّصْفِ
أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ من سِتَّةٍ لِلْمُوصَى له بِالثُّلُثِ سَهْمَانِ وَلِلْمُوصَى له بِالنِّصْفِ ثَلَاثَةٌ وَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ وَإِنْ لم تُجِزْ الْوَرَثَةُ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَهْمٌ من سِتَّةٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ على خَمْسَةٍ لِصَاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثَةٌ وَلِصَاحِبِ الثُّلُثُ سَهْمَانِ
وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِرُبُعِ مَالِهِ وَلِآخَرَ بِنِصْفِ مَالِهِ فَإِنْ أَجَازَتْ الْوَرَثَةُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ما أَوْصَى له بِهِ فَالرُّبُعُ لِلْمُوصَى له بِالرُّبُعِ وَالنِّصْفُ لِلْمُوصَى له بِالنِّصْفِ وَالرُّبُعُ الْبَاقِي بين الْوَرَثَةِ على فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّ الْمَانِعَ من الزِّيَادَةِ على الثُّلُثِ حَقُّ الْوَرَثَةِ وقد زَالَ بِإِجَازَتِهِمْ وَإِنْ رَدُّوا فَلَا خِلَافَ في أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالزِّيَادَةِ على الثُّلُثِ لم ينفذ ( ( ( تنفذ ) ) ) وَإِنْ نُفِّذَتْ فَفِي الثُّلُثِ لَا غَيْرُ وَإِنَّمَا الْخِلَافُ في كَيْفِيَّةِ قِسْمَةِ الثُّلُثِ بَيْنَهُمَا فَعَلَى قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا على سَبْعَةِ أَسْهُمٍ لِلْمُوصَى له بِالنِّصْفِ أَرْبَعَةٌ وَلِلْمُوصَى له بِالرُّبُعِ ثَلَاثَةٌ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ على ثَلَاثَةِ سَهْمَانِ لِلْمُوصَى له بِالرُّبُعِ لِأَنَّ الْمُوصَى له بِالنِّصْفِ لَا يَضْرِبُ إلَّا بِالثُّلُثِ عِنْدَهُ وَالْمُوصَى له بِالرُّبُعِ يَضْرِبُ بِالرُّبُعِ فَيَحْتَاجُ إلَى حِسَابٍ له ثُلُثٌ وَرُبُعٌ وَأَقَلُّهُ إثنا عَشَرَ ثُلُثُهَا أَرْبَعَةٌ وَرُبْعُهَا ثَلَاثَةٌ فَتُجْعَلُ وصيتها ( ( ( وصيتهما ) ) ) على سَبْعَةٍ وَذَلِكَ ثُلُثُ الْمِيرَاثِ وَثُلُثَاهُ مِثْلَاهُ وَذَلِكَ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَجَمِيعُ الْمَالِ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ سَبْعَةٌ منها لِلْمُوصَى لَهُمَا أَرْبَعَةٌ لِلْمُوصَى له بِالنِّصْفِ وَثَلَاثَةٌ لِلْمُوصَى له بِالرُّبْعِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا على ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ لِأَنَّ الْمُوصَى له بِالنِّصْفِ يَضْرِبُ بِجَمِيعِ وَصِيَّتِهِ عِنْدَهُمَا وَالْمُوصَى له بِالرُّبْعِ يَضْرِبُ بِالرُّبْعِ وَالرُّبْعُ مِثْلُ نِصْفِ النِّصْفِ فَيَجْعَلُ كُلَّ رُبْعٍ سَهْمًا فَالنِّصْفُ يَكُونُ سَهْمَيْنِ وَالرُّبْعُ سَهْمًا فَيَكُونُ ثَلَاثَةً فَيَصِيرُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا على ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ سَهْمَانِ لِلْمُوصَى له

بِالنِّصْفِ وَسَهْمٌ لِلْمُوصَى له بِالرُّبْعِ
وَهَذَا بِنَاءً على أَصْلٍ وهو أَنَّ الْمُوصَى له بِأَكْثَرَ من الثُّلُثِ لَا يَضْرِبُ في الثُّلُثِ بِأَكْثَرَ من الثُّلُثِ من غَيْرِ إجَازَةِ الْوَرَثَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ

---

*(7/374)*

---